5

MARIA,
IESVS, IOSEPH.

POR

D. IVANA ZAPATA OSORIO, Condesa de Casarrubios, viuda de D. Gonçalo Chacon, Conde que fue de la dicha Villa.

CON

El señor Lic. D. Iuan Gonçalez, Cauallero de la Orden de Santiago, del Consejo, y Camara de Indias de su Magestad, como marido de la señora D. Maria de Vera Enriquez.

SOBRE

La renta de mil y quinientos ducados en Indios vacos de las Prouincias del Perù, de que su Magestad hizo merced à la dicha Condesa.

Respuesta a la Informacion contraria.

1 AVnque cõ lo dicho, y fundado en nuestra primera Informacion nos podiamos prometer el buen sucesso desta causa, q̃ esperamos, por ser tan llana la justicia de la Condesa, y estar, no solo hecha demonstracion della, sino tambien satisfechas todas las oposiciones, y dudas que se podian ofrecer, y apoyarse en contrario, sin embargo ha parecido cõueniente, para que esto se assegure mas, y que-

de sin razon de dudar, ni dificultad alguna hazer esta respuesta, en que se seguirà el orden del papel contrario.

2 En el hecho vamos conformes en ambos papeles, y assi en quanto al derecho, empieça à fundar el suyo la señora D. Maria de Vera, desde el numer. 12. de su Informaciõ, en la cedula de 20. de Setiembre del año passado de 631. que dize es el titulo primitiuo, y q̃ auiendose por aquella merced hecha a D. Maria del Varco su abuela, adquirido derecho fixo, y inuariable al hijo, ó hija, que al tiempo de la muerte de la dicha D. Maria se hallasse con la calidad de primogenitura, y sucediesse en el Mayorazgo del señor Obispo de Siguenza, y concurriendo esto en la señora D. Maria de Vera, por la persona de D. Maria del Varco su madre, hija mayor de la dicha su abuela, al tiempo que murió, y passô desta presente vida la susodicha, en el qual ya era muerto D. Luis Trejo su tio sin hijos, ni descendientes legitimos, deue entrar en la segunda vida, y no la pudieron perjudicar las renunciaciones, y consentimientos que dieron los dichos su abuela, y tio, para que se passasse la merced a la dicha Condesa.

3 Porque dize, que siendo la dicha Encomienda vn Mayorazgo legal, ex Molina Iurista, & Theologo citatis à D. Solorçan. de Iure Indiar. *lib. 2. capit. 16. n.* 13. como tambien lo notamos con otros Autores en *nuestra primera Alegacion. num.* 73. por la representacion que se practica en estas Encomiendas, se deue preferir la nieta de la hija mayor a la hija segunda, y assi auiendo muerto D. Luis en vida de la dicha D. Maria del Varco su madre, se caducô, y desvaneció el derecho de la primogenitura en èl, y se transfiriò en la señora D. Maria de Vera, como hija de la hija mayor, ex Paul. de Castr. *cons.* 152. *n.* 1. *vol.* 1. & alijs authoribus ibi relatis.

4 Las quales proposiciones en si son ciertas, mas no se ajustan a nuestro caso, porque se discurre en ellas con vn presupuesto incierto, y dando por valida, y q̃

tu-

tuuo efecto la merced hecha por la dicha cedula de veinte de Setiembre de 631. a D. Maria del Varco, y en esto se fundan todas las doctrinas, y alegaciones del papel cōtrario: siendo assi que falta totalmente, y no se puede atēder para nada la dicha merced, por estar anulada, y sin valor, ni existencia alguna, por la segunda cedula de 26. de Setiembre del año de 635. y merced que por ella se hizo a Doña Iuana Zapata, passando en su cabeça, y persona la merced hecha por la primera, para que tuuiesse principio, y efecto en ella, vt ex ea patet relata *in nostra prima allegatione num.* 4. con que fuera del punto de la potestad de su Magestad (de que luego se hablarà) segū el hecho, y estado de las mercedes, cessa todo el fundamento, y discurso contrario, y lo que se pretende deducir, y inferir dél.

5 Y que la merced del año de 631. quedasse reuocada, y anulada por la segunda; lo fundamos in 1. *allegat. à n.* 21. y es llano por auerse transmutado, y passado la merced a la Condesa, con que quedó nouada, y alterada la primera, por no poderse cōpadecer, ni excutar vna, y otra, ex his quæ tradunt Bald. *in l. fin. n.* 4. *C. de nouat.* Decius *in l. pacta nouissima, per text. ibi, C. de pact. & in l. singularia n.* 28. *& ibi,* Cagnol. *num.* 102. *ff. de reb. credit.* latè Anton. Amato *lib.* 1. *var. cap.* 10. *n.* 4. *&* 5.

6 Y procede esto mas sin duda, estando la primera gracia informe, y sin auer tenido efecto, con que res erat integra, en el qual caso, aun sin los consentimientos del posseedor, y inmediato, pudiera qualquier donador mudar, y alterar la donacion, y quitarla a quiē la auia dado; *l. dedi* 3. §. *sed si tibi, ff. de condit. caus. dat. l. si pecuniam* 5. *in princip. &* §. *si seruū, ff. eod.* & in donatione probat *l. fin.* §. *Lutius, ff. de donat.* quod etiam post acceptionem donationis ante traditionem rei, dominium non quæritur donatario, & potest donator rem alienare, aut obligare, quod exornant Mastrill. *decis.* 211. *n.* 26. *vsque ad fin. part.* 3. Cancer. *tom.* 1. *var. cap.* 8. *n.* 30. *in* 2. *edit.*

7 Y en la donacion hecha a vno, con calidad, ò pacto de que despues de sus dias, ò en algū caso passe a otro, aū que a aquel tercero se le adquiera accion, que antes que

la

la aya acetado pueda el donador, ò por sola su voluntad, ô por la de ambos, reuocar este pacto, y quitarselo, ó darlo a otro, lo tuuo Bartulo *in l.3. per illũ text.ff. de seruis exportandis, & in l.qui Romæ, §.Flauius, ff.de verb. obligat.* quæ sequuti sum Bald. *in l.cum a Soccro, n.5.& 6.C.de iure dotiũ,* Salicetus *in l.quoties num.3.C.de donat.quæ sub modo,* & plures relati ab Anton. Gomez *in l.40.Tauri num,29.* D. Molin. *de primog. lib.4.cap.2.num.74.* Iulius Clarus *lib.4.sent.§.donatio, quæst.3.* vbi dicit se credere hanc opinionẽ Bart. esse veriorem, & magis communem, & quod si casus contingeret, non auderet consulendo, aut iudicando ab ea recedere, idem tenent Couarr. *lib.1.var.cap.14.n.16* Mantic. *de tacitis conu.lib.13.q.48.n.8.* Castill. *tom.4.controu.cap.5.n.21.22.& seqq.* Menoch. *cons.296.à n.70.vol.3.* D. Petr. Noguer. *alleg.27.n.19.* Hermos. *in notis, ad l.7.tit.4.part.5.gloss.4.n.3.& n.15.* la limita, que no proceda en el caso de ser la donacion iure maioratus, vt perpetuo maneat res in familia, lo qual no ay aqui, para que este caso, cõ la acetaciõ del primero, quede irreuocable, y firme para con todos, vt ex Molin. *lib.4. de primog.cap.2.n.74.* notauimus *in 1.alleg.n.73.* cui addendi sunt Gutierr. *lib.2 pract.quæst.52.n.6.* & Ceuall. *lib.3.commun.quæst.783.n.11* Mier. *de maiorat.1.p.quæst.24.n.22.& seqq.*

8 Y aunque estuuieramos aqui en estos terminos de ser vna donacion perpetua, y de calidad que con la acetaciõ del primer llamado pudiera quedar irreuocable, no podia dezirse que auia auido acetacion, ni tenido efecto aũ en D. Maria del Varco, porque aunque se le despachó cedula de la merced de 20. de Setiembre de 1631. esto no basta, siendo la primera a quien se auia hecho merced, porque el titulo solo es vna inuestidura abusiua, que a semejança de la bonorum possession, que manda el Iuez se dè, no constituye a vno en la possession corporal, sino q̃ es disposicion, y medio para que se pueda pedir, y tomar, *l.3.§.bonorum.ff.de bonorum possess.l.facta 63.§.quod si conditio, & seq.ff.ad Trebell.* Y en los feudos lo prueua el *c.1.de cõsuet.rect.feud.* per quem omnes dicunt, quod feudum sine inuestitura non constituitur, & eam esse solum, & vnicum modum feudi constituendi, & adquirendi, & conuenit,

gloss.

gloss.in cap.ex ore,de his quæ fiunt à maiori partecapit.verbo annullo,& verbo etsi mandatum, Vulteius *in tract.de feudis, cap. 7.n.9.* Schenciduimus *in eodem tract.p.4.n.19.*& cum alijs Clarus *in §.feudum,quæst.6.nu.1.* Rosental. *de feud.cap.6. conclus.1.litt.C.& conclus.2.litt.D.* Scraderus *de feud.part.5. cap.2.* Par.de Put *de re integrat.feud.in q.an lex quotiēs, C.de rei vindic.in feud.locū habeat,fol.mihi 151.vbi bene loquitur.*

9 Y es singular para esto la *l.5.tit.30.part.3.* ibi: *Pero aquellos que tienen a feudo algun heredamiento, ò han ende el vsufructo dello,ò lo tienen a censo,dando cosa cierta por ello cada año, si fueren apoderados de aquellos heredamientos,ganan la possessiō dellos.* Latè Martinus Magerus *de aduocat. armat. cap. 18. n.58.& seqq.* vbi quod talis inuestitura est vnicus modus feudi constituendi, & est signum feudi necessarium.

10 Y en nuestros terminos de las Encomiendas lo resuelue assi D.Ioann.de Solorç.*tom.2.de Iur. Indiar.lib.2.cap. 13.n.10.& seqq.* ibi: *Atque hæc actualis apprehensio possessionis. Commēdæ,virtute dicti tituli facta, poterit dici propia eiusdem Cōmendæ inuestitura, iuxta ea, quæ de feudis tradidimus: nam licet aliàs vbi agitur de successione eius in filium,vel alium legitimum hæredem continuanda ipso iure ex ministerio ligis ineum, absque alio facto trāsferatur possessio,sicut,& in maioratus successione cōtingit,vt infra latius dicemus,& tradit Matienç.in l.8.gloss.2. n.16.& 17.tit.10.lib.5.Recop.& D. Valençuel.cons.83.n.19. & seqq.Hoc tamen in noua Cōmenda non procedit sicuti, neque in nouo feudo,in quo receptior sentētia est tituli traditionem,siue abusiuæ,& ceremonialis inuestituræ concessionem,non excusare, quin postea actualis possessio capienda sit,quia propriè lequendo illa inuestitura,non est possessio,sed potius contractus,siue negotiū,aut titulus,cuius virtute debeat peti,& fieri traslatio,& apprehēsio possessionis, &c.* Et comprobatur ex traditis ab eodem D. D.Ioann.de Solorç.*d.lib.2.cap.16.n.51.& seqq.* donde en el primer posseedor que adquiriò la Encomienda requiere,conforme a las cedulas,y ordenanzas,acto de preuenſion,y titulo de nueua Encomienda, aunque en el primer llamado, y que por muerte de este ha de entrar en el goze della,se le transfiera por la ley, a semejança de los mayorazgos,la possessiō ciuil,y natural,sin otro acto alguno: Segun lo qual,es llano,que aūque de aquella merced hecha a D. Maria del Varco se despachasse cedula,

no se puede dezir que tuuo efecto en ella, ni la adquirió, ni fue suya propiamente, hasta que se le diesse la possession, y inuestidura: y assi auiendo antes desto consentido que se passasse en D. Iuana Zapata su hija, y passadose por su Magestad, en ninguna manera puede auer razon para hazer fundamento en la dicha merced, como se haze para todos los discursos, y alegaciones contrarias: vnde faltando el fundamento, no pueden aplicarse la doctrina de Paul. de Castr. y las demâs que se alegan, & omnia quæ ex eo deducuntur corruunt, & non possunt attendi *l. nam origo, ff. quod vi, aut clam, l. egi tecũ, ff. de except. rei iudicat. cap. cum Paulus* 1. *q*. 1. cum alijs adductis a Barbosa *axiomat*. 103.

11 En el num. 14. de la Informaciõ contraria se dize, que esto es mas preciso si se considera que D. Maria del Varco para ganar la dicha gracia hizo relacion de que era bisnieta de D. Maria Gasca, hermana de D. Pedro Gasca, Obispo que fue de Sigueņça, y heredera de sus seruicios, y de los bienes libres que dexaron, y posseedora del mayorazgo antiguo de la casa de los padres del dicho Obispo, y inmediata sucessora de otro que fundó de nueuo, y que por estos seruicios se hizo la merced a D. Maria del Varco, como a sucessora dellos: y assi se adquirió a los que tuuiessen la dicha casa; con que teniendo la señora D. Maria de Vera este Mayorazgo, se deue continuar en ella la Encomienda, por auerse de atender la calidad, y seruicios porque se diò, y la causa que para ello se contempló.

12 Pero de lo dicho se saca respuesta a esta ponderacion. Lo vno, porque siendo ninguna la dicha gracia, y estando nouada, y alterada por la segunda, lo son assimismo todas las clausulas, motiuos, y calidades, sin que se pueda hazer estimacion dellas para cosa ninguna, vt diximus *in* 1. *alleg. n*. 24.

13 Y lo otro, porque aunque esto faltara, si biẽ en la merced se haze mencion de los seruicios del dicho Obispo; y se pueda dezir, que fue en su remuneracion, siempre prepondera la gracia, para que se aya de atender en ella la forma, y calidades con que se concede, vt ex *l. Titius puerũ, de obsequijs & libert. prestand*. Alfar. & alijs probat D. D.

Ioann.

Ioann.de Solorç.*tom.2.de Iur.Indiar.lib.2.c.11.n.29.& in Polit.Indian.lib.3.cap.12.vers.Y que en las Encomiendas*, sicut feudum licet pro eo debeatur seruitium, non dicitur contractus, sed gratia, Ruinus *cons.20.n.6.vol.1.* Y mas considerando que en la decision no se restringe la gracia al dicho Mayorazgo, ni a sus sucessores, como lo aduertimos *in 1.alleg.n.88.y 89.* sino que obsolute se hizo a la dicha D.Maria del Varco la primera, y luego la segunda a la Condesa, mouiendo a su Magest. demâs de la razon de ser para su dote, como lo ponderamos tambien *in 1.alleg. n.62.* el ser tambien descendiente de los padres, y casa del dicho Obispo, y vtcumque sit, auiendosele hecho a ella la merced por su Magestad, aunque fuesse por causa de contemplacion de los dichos seruicios, y no concurriera en ella tambien la causa de su remuneracion. Esto tienen particular las mercedes Reales que se adquieren a aquel a quien se hazen, aũque sea por qualquier causa, dependencia, ó contemplacion de otro, como se prueba *in l. cum multa, C.de bonis quæ liberis*, y es limitacion seguida por todos, de la conclusion de la *l.sed si plures, §. in abrogato, ff. de vulgari, l.2.tit.21.par.1.l.6.tit.17.part.4.* Iſſernia *in cap. 1.§.& libellus, n.113. de alienat.feud.pater.* Burgos de Paz *cons.58.n.6.*& Burgos de Paz Iunior *quæst.11.n.26.& 47* Anton.Gom.*in l.48.Taur.n.4.* laté Menoch.*de præsumpt. lib.3.præsumpt.28.* Ioann.Garč. *de donat.remun.nu.8.* Grat. *tom.5.discept.for.c.993.n.10.& 11.* Valasc.*de partit.cap.13. n.27.circa fin.* D.Petr. Noguer.*alleg.8.n.50.*

14 Y nuestros terminos de Encomiendas lo assientã por llano en esta conformidad Matienz.*in l.9.tit.1.lib.5. nouæ Recop.gloss.2.ex n.6.vsque ad 12.* Ant.de Leon en las Cõfirmaciones Reales *1.p.c.4.n.15.* donde indistinta, y indubitablemente dize, que procede aunque al hijo se le dê la Encomienda por contemplacion del padre, y por causa de sus meritos, y seruicios; porque no se ha de atender la ocasion, ò motiuo que huuo, ó se contemplò, sino a quiẽ se dió, sequitur D.D.Ioann.de Solorç.*de Ind.Iur. tom.2. lib.2.cap.15.n.3.& 4.& in Polit.Ind.lib.3. cap.29. vers. Lo 2.que puede.* Y assi, auiendose hecho la merced a la Condesa, aunque fuesse por los seruicios del dicho Obispo,

y

y demàs antepassados de su casa, solo a ella se le adquiriò, sin otro respeto, ni atencion.

15 Y el *cons.16. de Iuan Francisco Ponte a n.67.* que se trae en contrario *d.n.14.* no prueba su intento, ni es contrario a esto, sino antes lo confirma, porque en aquel caso la merced de Capitan de vna Compañia de cauallos se hizo por su Magestad expressamente a D. Iulia Vrsina, como Princesa de Bisiniano, y en consideracion de los seruicios de los Principes antecessores de aquella casa; y de auer quando se formaron las dichas Compañias en aquel Reyno, formado dos a sus expẽsas, y por ella a D. Tiberio Carrafa su marido, como lo declara *in principio*, ibi: *Illam demum concessit D. Iuliæ Vrsinæ, vti Principissæ Bisiniani, & pro ea eius viro ex hoc effecto Principi Bisiniani, & expressè, & cõcessit tanquam marito prædictæ D. Iuliæ assertæ Principissæ: & n.* 2. poniendo las palabras de la concesion, ibi: *Te tamquam maritum, & coniunctam personam d. Principissæ D. Iuliæ Vrsinæ Ducem, & rectorem d. cohortes creamus.* Y asi no pudo auer duda, porque el Principe por su persona, ni era descendiẽte de aquella familia, ni podia pretender la merced, porq̃ el animo, y intento de su Magestad no fue hazersela, sino principal, y señaladamente a la Princesa su muger, con q̃ la merced, y la contemplacion de los seruicios todo fue vno, y dirigida a vna persona, y antes allì por reconocerse la voluntad de su Magestad, que era hazer la merced a la Princesa, solo a ella se le adquiriò, y no la quiso hazer a otro, ni la hizo para que pudiera entrar la duda que se quiere proponer, ni la *l. cum multa, C. de bonis quæ liberis*, que es fundamento que se haze en el *num.69.* que se cita, ibi: *Et quod dicit ibi, de augusta, seu Rege, ex reg. text. in l. cum multa, C. de bon. quæ lib. procedit, quando non sumus certi de voluntate, nec concurrit alia causa vtque dicemus, ita quod quando est certũ donantem, aliter non donasse, nisi propter vxorem, & ipsius contẽplatione, fuitque illa contemplata, tunc donatum viro adquirit vxori illique donatum censetur.*

16 De suerte, que allì la causa inmediata, impulsiua, y final, que se contemplô por su Magestad, fue la sucesion del Estado de Bisiniano, y la concesion fue a D. Iulia, como posseedora dèl, y per subsequens a su marido: y asi se

ad

adquiriô al Estado, como expressamente lo declara *d. n. 2. in fin.* ibi: *Ergo indubitatum apparet absolutè causam principalem, immediatam, & mediatam finalem, & impulsiuam fuisse successionem in principatu illiusque dignitatem totaliter contemplatam, & D. Tiberio non tamquam tali concessum, sed tamquam marito Principissæ, qui vt talis coruscabat dignitate, & nobilitate vxoris, ita quod vt infra dicemus, postquam intentio fuit concedere, contemplatione Principissæ succeditricis assertæ ipsiusque persona est absolutè contẽplata, & D. Tiberio expressis verbis dicitur cõcedi tamquam marito illius, intelligitur de iure concessionem factã Principissæ, &c.* Y assi vino a ser la concession Real, como tambien en el lugar de Bobadill. *lib. 2. cap. 16. n. 6.* que se trae en contrario *n. 19.* que habla quando se haze merced a vno de vn Titulo, ô otra cosa, y se dize expressamente que ha de ser para sus descendientes, ó se le dá el dicho Titulo a quien tiene vna Villa, ó Lugar vinculado que no se acaba con la persona, sino que passa a los demas successores. Y lo mismo fuera aũq̃ se huuieran contemplado, ó atendido algunos seruicios, ò meritos del Principe su marido, porque auiendo sido la merced a la muger, y el intento de su Magestad que la gozasse como successora del dicho Estado, a ella, es a quiẽ principalmẽte se adquiere, vt notat Garc. *in tract. de coniugal. ac quæstu n. 111. & seqq.* & cum eo D. D. Ioann. de Solorç. *tom. 2. de Iur. Ind. lib. 2. cap. 8. n. 75.* ibi: *Et in donatis vxori licet aliqua lis contemplatio mariti donantem induxerit.* Y como notó el mismo señor Solorç. *eodem lib. 2. cap. 14. n. 46.* en este caso: *Feudi conditio, aut persona non mutatur, sed fructus tantum eius siue commoditas marito dari videtur, pro oneribus matrimonij, &c.*

17 Lo qual no puede proceder en el nuestro en que la merced no se hizo, como está dicho, al Mayorazgo, ni en fauor de sus posseedores. Y aunque se atendiessen, y huuiessen sido ocasion los seruicios del Obispo, demâs de auer mouido tãbiẽ el ser descẽdiẽte de la casa de quiẽ los hizo la Condesa, como lo era D. Maria del Varco su Madre, vino a ser esta causa remota, y la proxima, y inmediata la vtilidad, y conueniencia de la persona de la Cõdesa, a quien entonces su Magestad quiso hazer la merced

 para

para ſu remedio, y eſta es la que ſe ha de atender, y eſtimarſe, y no la remota, de que ſea por otra cauſa, ó contẽplacion, como lo nota Bart. *in l. ſocium qui in eo, §. ſocius, ff. pro ſocio*, en lo que el compañero adquiere por ſi, y por atẽcion, y contemplacion de ſu perſona, aunque fueſſe ocaſion de ello la compañia: y pone el exemplo en vno, q̃ por negocios de la compañia tuuo neceſsidad de ir a la Corte, y con las dependencias de ella conſiguió del Principe alguna merced de vn caſtro, ò otra coſa, que eſto lo adquiere él ſolo, y no es comunicable cõ el compañero, dando por razon, quia occaſio remota nõ eſt conſideranda, Anton. Gom. *lib. 2. var. c. 5. n. 4.* y Bald. *in d. l. ſocium, §. 1. ff. pro ſocio*, le pone en la donacion q̃ ſe haze al Embaxador, embiado por vn Principe a otro, que aunque ſea por contemplacion del Principe que le embiò, ſe le adquiere a él, quos ſequuntur Rodericus Suarez *in l. 1. tit. De las ganancias, n. 32. limit. 3. in princ.* Palac. Rub. *in rubr. de donat. §. 65. n. 65.* Greg. Lop. *in gloſſ. magna, l. 3. tit. 10. part. 5.* Azeued. *in l. 3. & 4. tit. 9. lib. 5. nouæ Recop.* vbi & Matienç. *gloſ. 4. n. 3.* Gutierr. *lib. 2. pract. q. 119. n. 4. & 5.* D. D. Ioann. de Solorç. *d. lib. 2. cap. 8. n. 73.* vbi ex Hieronymo Grato *cõſ. 77. n. 7. vol. 1.* dicit, quod in remunerationibus sẽper debet attendi cauſa magis propinqua, & inmediata, argumento *l. Publius, §. 1. ff. de condit. & demonſtrat. l. ſi viuâ matre, verſ. nam licet, C. de bon. matern.* & alijs iuribus, *& n. 74.* in donatione facta legato dicit, ei adquiri etiam ſi (vt ſolet) datum ſit contemplatione mittentis, *quia cauſa proxima videtur eſſe, ipſa vtilitas, & commodum legati*, vt ibi comprobat: Segun lo qual, no puede auer duda en que la merced ſe adquirieſſe a la Condeſa, que fue a quien ſe hizo por ſu mayor conueniencia, y para que la tuuieſſe, y hallaſſe mejor en ſu Eſtado.

18 Reconociendoſe en contrario la fuerça de lo dicho, y que es llano que por la ſegunda merced hecha a la Condeſa, quedò nouada, y dada por ninguna la primera que ſe hizo a D. Maria del Varco, en que ſe funda toda ſu pretenſion, y que ſegun el Eſtado de las dichas mercedes, y de los decretos de ſu Mageſtad, no ſe puede dudar de ſu Real voluntad, por eſtar tan expreſſada, y manifeſtada cõ

tan-

tas demonstraciones, y tan repetidemente, como diximos *in 1.alleg.n.26. 27.& 28.* de que la merced la hizo a la Condesa, y quiere que se cumpla en ella, y que conforme a esta es clara su justicia: Se recurre a la potestad, diziendo desde el n.22. del papel contrario; que la duda està en si su Magestad pudo, ò no, hazer la dicha merced a la Condesa, y alterar la naturaleça de la que dize estaua hecha a D. Maria del Varco, y quitar al descendiente de mejor linea el derecho que tenia adquirido por ella, en q̃ se dize, q̃ no se pudo hazer: y q̃ esto se conoce de los motiuos que ocasionaron la concession de la cedula del año de 1635. que fue la merced de la Condesa.

19 Dizese, pues, *nu.24.* que el primero fue la persona de la dicha D. Maria del Varco, que la obtuuo para si, y para su hijo, ò hija primogenita, que lo fuesse al tiempo de su muerte, y que asi no pudo causar, ni producir la translacion de la Encomienda en fauor de la hija segunda, prejudicando a la primera, y a sus descẽdientes, para lo qual se trae la doctrina de Bald. *in l. qui se patris, n.31. C. vnde liberi*, y à Marino Freccia *de subfeudis, lib.3. vers. vndecimo potest renuntiari*, para que en el feudo ex pacto, & prouidentia, la renunciacion del padre no prejudique al hijo: y al señor Solorç. *de Iur. Indiar. lib.2. cap.14. n.54. & cap.16. n.31. & 32.* donde en el *nu.33.* saca por consequencia (q̃ se dize es decisiua deste caso) q̃ el padre no puede eligir para la Encomienda el hijo menor, dexando el primogenito a quien ha de tocar: De que se infiere, que D. Maria del Varco solo pudiera renunciar su derecho por su vida, pero no trãsferir para despues della en la hija segunda la Encomienda, trayendo a Mario Giurba *de succession. feud. §.2. gloss.11. n.76. & gloss.8. n.26.*

20 Pero se responde a todo lo dicho. Lo vno, que no se puede aplicar a nuestro caso, porque estas proposiciones proceden absolutamente en feudos, Mayorazgos, ó Encomiendas, ya adquiridas, posseìdas, y acetadas por vno, y que està en su possession presuponiendo por llana, y corriente la merced hecha a él, y a sus descendientes: en el qual caso, como por la merced, y la aceptacion llana del primer posseedor, se adquiete derecho a los siguiẽtes suc-

cess-

cessores,no puede el padre,ò posseedor solo por su volũ tad prejudicar a los descendientes,y si lo quiere ceder,ò renunciar,serà solo por su tiempo, y aqui no huuo esto, porq̃ D.Maria del Varco,ni aceptó aquella merced primera,ni tuuo efecto en ella, sino en la Condesa,en cuyos descendientes pudieran proceder todas aquellas resoluciones,por auerse radicado, y tenido perfeccion en ella la dicha gracia,mas no en los de D.Maria del Varco.

21 Y lo otro,que quando no huuiera esto,sino que D.Maria del Varco huuiera aceptado la dicha merced,y entrado en ella lisamente,en quanto à si,no ay duda que pudiera auer renunciado,y cedido su derecho por su vida, como es llano,y se reconoce en contrario num.26.y solo lo que se dize es, que no pudo transferir para despues della en la hija segunda la Encomiẽda, que deuia tocar a la hija mayor: Pero aun en este caso,y abstrayendo el consentimiento de D.Luis Trejo,y la aprobacion de su Magestad,que allanã la materia,de que luego se hablará, tomã do la question en los dichos terminos, y discurriẽdo por los lugares que se traen por el Abogado cõtrario,no son contra nuestra pretension,sino antes la ayudan.

22 Porque Bald.citado *in d.alleg.contr.nume.24.in d.l.qui se patris,C.vnde liberi,n.30.* la questiõ q̃ propone es, Si el vassallo, posseedor del feudo, le repudia, si esta repudiaciõ prejudicarà a sus hijos,y descendientes: Y responde con Nicolao de Matarelis *in l.1.C.de reuocand.donat.* Que si el feudo es nueuo,los prejudica; quia reddit ad dominũ,secundum consuetudinem feudorum; y en el caso de ser antiguo el feudo,haze diferẽtes distinciones de si el hijo aceptò la herẽcia de su padre,q̃ renũciò,para q̃ en este caso le prejudique su hecho,y mas no auiẽdo inuẽtario: ò si repudia la herencia,y quiere el feudo, que tãbien dize que se repele: y en este segundo caso prosigue en el num. 31.que es donde se trae en contrario,diziendo: Que si el padre consiente algo en su perjuyzio, y absolutamente no prejudica al hijo, porque este consentimiento liso no puede comprehender el derecho futuro? De suerte, que quando nuestra materia pudiera correr por las mismas reglas de los feudos, que es muy diferente, co-

mo

mo lo notamos *in 1.alleg.n.66.*alli diximos *n.68.*que nũ ca se pudiera dezir que era feudo antiguo en D. Maria del Varco, sino nueuo, y que assi pudiera auerle refutado, y passado a la Condesa, aun en perjuyzio de los siguientes successores, fundando con el mismo Bald. *in c. 1.§.hoc quoque, 2.col. vers.pone ego recepi, de successione feud.* Afflictis Isernia, y otros muchos lugares, que es lo mismo que dize Bald. *in d.l.qui se patris, n.30.* porque aqui nũ ca se pudiera considerar en D. Maria del Varco feudo antiguo, para que tuuiera lugar lo que se dize en el *n.31*

22 Y con lo mismo se satisface claramente al lugar de Marino Freccia *de subfeudis, lib.3. vers. undecimo potest renuntiari, fol.*444. que se trae *d. nu.*24. para que en el feudo ex pacto, & prouidentia, la renunciaciaciõ del padre no prejudique al hijo: porque precisamente, segun las conclusiones, y resoluciones de la materia, esto se entiende, y debe entender quando el feudo ex pacto, & prouidentia, es antiguo, porque entonces no se puede mudar, ni alterar la forma dél en perjuyzio de los successores: pero si es nueuo, es resolucion cõstante de todos, que el primero que adquiere el feudo, puede mudar, y alterar la forma dél, vt tenet Afflictis *decis.112.n.6.& decis.282.n.7.* Parisius *cons.2.n.9.tom.1.* Milanens. *decis.8.n.23.& seqq.* Surdo *cons.573.n.27.* Petr. Gregor. *de concess.feud. part.3.q.7. n.8.* Intrigliol. *de feud. cent.2. artic.7.n.48.* Scrad. *de feud.p.5.cap.2.n.42.* Mart. *claus.31.n.14.* Franch. *decis.368.n.5.* vbi quod hoc potest fieri etiam in præiudicium comprehensorum in investitura, Marcabrun. *cõs.54.n.63.& seqq.* Cephal. *cons.12.n.16.& cons.152.n.51.* Menoch. *cõs.161.* Surd. *cõs.440.n.31.* vbi quod potest primogeniturã in feudo nouo erigere, quia hæc nõ alterat naturã feudi, sed operatur, vt quod poterat ad plures trãsire ad eorũ alterũ perueniat, Peregr. *cõs.12.à num.12. vol.1.& cons.102.nu.15 vol.4.* Manent. *decis.1.num.3.& cons.45. num.42.* Beccius *cons.56.num.21.tom.1.* Mastrill. *decis.8.numer.22.& 23.* & cũ plur. ita ex professo resoluẽs Mar. Giurb. *de success.feud. prælud.5.à n.31.& n.40.* vbi hãc cõclusionẽ latè cõprobat & exornat, & §.1. *gloss.12.à n.11.* segun lo qual, siendo esta concession nueua en D. Maria del Varco, es llano que pudo en perjuyzio de los demàs descendientes passarla,

y renunciarla en su hija, y cō esta distincion de feudo nueuo, ò antiguo, se satisface, y responde clara, y euidentemente a todos quantos lugares, y doctrinas se traen por el Abogado contrario en su papel, para que no se pueda causar perjuyzio a los successores en el feudo, sin que para este pleyto se puedan aplicar, ni causar duda alguna.

23 Traese tambien *d.n.24.& n.25.* para esto al señor Solorç. *lib.2. de Iur. Ind. cap.14. n.54. & cap.16. n.31.32. & 33.* que hablando en las Encomiendas, dize: Que el que la adquiriò, no puede disponer della, ni hazer otro acto alguno de que se siga perjuyzio a los llamados; porque como por la ley està prescripta la forma de la succesion, esta no se puede alterar por el particular: Pero no obsta, porque en el *c.14. n.54.* habla del feudo, trayendo la doctrina de Bald. *in d.l. qui se patris*, y otros que dizē lo mismo: y en esto procede lo que està dicho *n. antecedenti.* Y en el *cap.16. n.31. usq. ad 33.* dize, que el que tuuo vna Encomienda, y ya la tiene, y goza por suya, no puede disponer della, ni hazer otra ninguna cosa en perjuyzio de los llamados, ni eligir al hijo menor, dexando al primo genito, a quien deuia venir la segunda vida, de suerte, que habla en Encomienda ya adquirida, y posseìda, en que el que tiene la primera vida, quiere en perjuyzio del hijo primogenito, a quien ha de tocar la segunda, eligir, ò llamar para esta para despues de sus dias al segundogenito: lo qual no se aplica a nuestro caso; porq̃ alli no habla de si el primero puede por su vida cederlo, ò traspassarlo: en que no ay duda que puede, como se ha dicho, y se reconoce en contrario (que es lo que D. Maria del Varco hizo) ni en lo segundo tampoco la ay, interuiniendo el consentimiento de el primogenito, porque con él se puede passar al segundo genito; como lo dize expressamente el mismo lugar *n.34.* refiriendo la cedula que dió la forma de la succesion de cinco de Abril del año de 1552. Con que se conoce, que hablando de la succesion que conforme a la ley le toca al hijo despues de la vida del padre, dize que se entiende del primogenito, y en defecto deste por causa de impotencia, ó volūtad, los demàs varones, suo ordine, y a falta dellos, las hembras, con la misma pre

ro-

rogatiuã de edad, ibi: *Quæ expressè declarauit vocationem filij, in d.l. seu prouisione successionis factam, de primogenito intelligendam esse, & in huius defectum, per causam impotentiæ, aut voluntatis reliquos masculos suo ordine admittendos, & mox transitum ad filias faciendum sub eadem ætatis prærogatiua.* Y assi en en este lugar, ni en los demâs no se prueba que D. Maria del Varco no pudiesse pedir, como pidiò, que la merced de la dicha Encomienda se pusiesse en cabeça de Doña Iuana Zapata su hija, para que tuuiesse principio en ella.

32 Desde el *num.* 27. se pretende fundar, que tampoco el consentimiẽto de D. Luis Trejo pudo dar valor a la trãslacion desta Encomienda, porque se dize, que no pudo obrar mas que por el tiempo que viuiò, y se resoluió el dia que muriò, trayendo para ello diferentes autoridades.

33 A que se satisface, que todas hablan en feudos, que segun su naturaleça, se han de diferir a los descendientes: Y lo que dizẽ los DD. es, que si consintiò en la renunciacion, ò otro acto de enagenacion, hecho por el posseedor, el que en aquel tiempo era inmediato, ó primogenito, si esse muere en vida del que renunció, su cõsentimiẽto no obstarà á aquel que al tiempo de la muerte del renunciante se hallare con la calidad de primogenito, porq̃ el vn successor no puede causar perjuyzio al siguiente: y nuestro caso es muy diferente. Lo vno, porque no auiẽdo aceptado D. Maria del Varco, ni tenido efecto en ella la Encomienda, no se pudo adquirir derecho a sus descẽdientes para que se ajuste esto.

34 Y lo otro, porque como se ha dicho tantas vezes, ay mucha diferencia de los feudos a las Encomiẽdas, y vna de las principales es, q̃ el feudo se defiere à todos los descendientes del primero que le adquiriò, quando es ex pacto, & prouidentia (que es el que se dize es mas semejante a nuestras Encomiendas) y la Encomienda no es mas que para el que la obtiene, y otro heredero: segũ lo qual, aun quando D. Maria del Varco huuiera adquirido llanamente la dicha merced, y entrado en ella, de suerte que estuuiera adquirido derecho a D. Luis Trejo, que era en ton-

tonces el inmediato, baſtàra ſu conſentimiento para que ſe cedieſſe, y paſſaſſe a ſu hermana: pues ſe aſsienta por llano en todas las doctrinas que ſe traen en cõtrario, que el conſentimiento del poſſeedor, ó de el inmediato, le puede prejudicar ſolo al que le haze, y no a los deſcendientes, y aqui no auia otro que pudieſſe tener derecho, ſino D. Maria del Varco, y otro heredero. Y ſi bien ſe conſidera eſte conſentimiento de D. Luis, eſtuuo demàs, y fue a mayor abundamiento, porque no auiendo tenido efecto la merced en D. Maria del Varco ſu madre, como eſtà dicho, no pudo tenerle êl, porque como dixo Bald. *conſ.* 389. *lib.* 2. *n.* 6. que ſe trae por el Abogado contrario *d. n.* 24. reſoluto iure, in quo fundatur aliquid ſucceſsiuum, reſoluitur illud quod pendet ex illo.

35 Y no obſtarà lo que ſe dize *in alleg. contr. n.* 33. que no ſe puede mirar el conſentimiento de D. Luis, como de hijo primogenito; porque la calidad de ſerlo, no ſe conſidera ſino al tiempo de la muerte de los padres, y cõ auer muerto la perdiò, y ſolo la tuuo la ſeñora D. Maria de Vera quando muriô D. Maria del Varco ſu abuela, que es la que ſe debe atender. Porque ſe reſponde, que en eſte caſo no ay mas calidad de primogenitura, que tener, ſegun el eſtado preſente de quando ſe haze la merced, la eſperança de auer de entrar a gozar la ſegunda vida, que es el tiempo en que ſe perficiona el acto, y el que ſe ha de atender, como latamente lo fundamos *in* 1. *allegat. à n.* 50. & maximè *n.* 55. *& ſeqq.* y la razon contraria pudiera proceder ſi la merced huuiera conſiſtido, y tenido efecto en D. Maria del Varco, y durando ſu primera vida, D. Luis por ſi ſolo huuiera conſentido que la ſegunda, que a êl le podia tocar, la gozaſſe ſu hermana D. Iuana Zapata, que en eſtos terminos entraràn muy bien las reſoluciones que ſe traen en contrario, para que ſi huuiera ſobreuiuido D. Maria del Varco a ſu hijo D. Luis, ſe extinguiera aquel conſentimiento, y no pudiera por el gozar D. Iuana la ſegunda vida, ſino que hallandoſe al tiẽpo de la muerte de la dicha D. Maria del Varco la ſeñora D. Maria de Vera con la calidad de inmediata, huieſſe de entrar en ella: pero en nueſtro caſo falta eſto, porque

Doña

Doña Maria del Varco pidió se passasse su merced en la dicha su hija, para que tuuiesse principio en ella, quitandosela à si, con que no auiendola gozado, no vacó la Encomienda, ni se ha de entrar en la segunda vida por su muerte, para que se aya de atender a quien tuuiere al tiempo della, la primogenitura.

36 Y tambien se deue advertir, para mayor conuencimiento de las resoluciones contrarias, y comprobacion de lo que vamos fundando, que en los terminos, para q̃ se traen, de si puede el consentimiento del inmediato obrar en perjuyzio de los siguientes (que como està dicho, no se ajusta a nuestro caso) los que lleuã, que no puede obrar mas que contra si, y durar por su vida: hablan en feudo antiguo, como lo declara el mismo lugar que se alega por el Abogado contrario *n.*28. de Giurba *de success. feudi, §.* 1. *gloss.* 12. el qual auiendo traido para que solum duret hic cõsẽsus pro vita refutãtis a Cephalo, Molina, Mieres, y Menochio, que son los mismos que se traẽ en contrario *n.* 29. Lugo prosigue: Eodẽ *n.* 31. in fin. *Quid in feudo pacti, & prouidentiæ nouo? Quid in feudo hæreditario, vel mixto, in quæstione postergationis, ad* §. 2. *edißerendum mihi erit:* De suerte, que arriba và hablando en el feudo antiguo, en conformidad de lo que siempre hemos dicho, y en el es, en el que dize *n.* 33. (que es donde se trae) quod primogeniti consensus nocet solum pro sui vita, y lo mismo procede en el lugar de P. Gregorio, que alli se cita tambien.

37 Y el lugar que se pondera *n.* 29. de la alegacion contraria del mismo Giurba, §. 2. *gloss.* 5. citandole *n.* 5. fortè incuria Tipographi, porque no es sino 49. para que en el feudo, cuya sucession se defiere por la ley, la renunciacion del primogenito, solo obre por su vida, es en confirmacion de lo dicho, porque demás de hablar en feudo antiguo posseîdo por el padre, en este dize: Que si le dona al segundogenito, de consentimiento del primogenito, vale irreuocablemente, hæc sunt eius verba in principio *n.* 49. *Si autem talis inuestitura fieret, patre feudum donante secundogenito, de consensu primogeniti: Tunc etsi feudum hæreditarium non sit statim irreuocabiliter valet, vt nec possit per super-*

per-

peruenientem dissensum reuocari, donec viuant, ex cap. 1. § præterea, vbi glos. verbo regressũ, quib. mod. feud. amit. c. 1. de eo qui finem fecit, Bald. *in c. Titius si de feudo defuncti conten.* compro bandolo con mucho numero de Autores: y luego mas abaxo, que es dõde se trae, dize: Que si es feudo, que por la ley de la inuestidura, y del contracto ha de tocar al primogenito, puede renunciar su derecho, que le compete formalmente por el dicho contracto, y inuestitura por su vida, con los mismos Autores que se traen *d. n. 29.* y q̃ el auia citado *d.* §. 1. *gloss.* 12. *n.* 31. luego asienta por llano, que por lo que toca a él vale la renunciacion irreuocablemente: De que se sigue, que no auiẽdo en la Encomiẽda mas que el derecho del inmediato, sin que otros le puedan pretender, y siendolo al tiempo de la gracia, y de la merced hecha a la Condesa, D. Luis, indubitablemente se ha dar que valió, y tuuo efecto prout tunc, alomenos el dicho consentimiento, y auiendo valido, no huuo derecho que cõsiderar al tiempo de la muerte de D. Maria del Varco, ni primogenitura que atenderse, respeto de los demâs descendientes.

38 Y en esta misma forma se ha de entender, y procede la resolucion de Tapia *decis. 2. n.* 349. que con Isernia *in c. 1.* § *hoc quoque, n.* 8. *de success. feud.* se cita, *n.* 32. *de la alleg. contr.* porque lo que alli dize es, que en el feudo antiguo, auiendo el padre vendidole con consentimiento del primogenito, si este muere antes de su padre, podrá el que se sigue, segun los llamamientos, reuocarlo: pero que sobreuiuiendo al padre el hijo que consintiò, quedarâ firme la enagenacion: dando por razon, que para suceder en el feudo, es menester que sea primogenito, y que si auiẽdo dado el consentimiento no lo llegó a ser, no puede valer, porque no sucediò a su padre, y assi, auiendo aqui obrado desde luego el consentimiento de D. Luis junto con el de su madre, que su Magestad passasse la dicha merced a su hermana, no ay que esperar, ni mirar al tiempo de la muerte de D. Maria del Varco, quien fue primogenito, porque por su muerte no vácò la Encomienda, como se ha dicho.

39 Y lo mismo procede en el lugar de Vincencio de Ana

in

in cap.1.de vassallo decrepitæ ætatis, verbo *Refutauit*, *n.*187. que se dize, que es admirable, y muy ajustado al derecho de la señora D. Maria, para que el consentimiento de D. Luis su tio no se deba atender, por auer muerto en vida de su madre, porq̃ alli habla en feudo antiguo, y adquirido por el padre, y radicado en él, en que respecto de auer de passar a los demás descendientes, es preciso que para la sucesion se aya de atender al tiempo de la muerte del posseedor, y asi dize: Que si el padre refutó el feudo en el hijo segundogenito con consentimiento del primogenito, el qual, aunque al tiempo que le dió no tenia ningun hijo, despues le tuuo; este hallandose viuo al tiempo de la muerte del abuelo, es fuerça que ocupe la primogenitura; porque esta calidad para auer de suceder, siẽpre se ha de considerar al tiempo de la muerte del posseedor. Y la misma resolucion viene a ser la de Sigismundo, Lofredo, Giurba, Minadoyo, Intrigliolo, y Petr. Greg. que se traen a este mismo intento por el Abogado contrario *n.*34. *& seqq. vsque ad* 41. Y en nuestro caso no ay esto, porque no huuo, ni ay primogenitura que considerar al tiempo de la muerte de D. Maria del Varco, por estar ya passada la merced en la Condesa, y no auer de sucederse mas a la dicha D. Maria: con q̃ para la sucessionno se deue, ni puede considerar aquel tiempo, ni pudo esperarse a él, sino al del traspasso, y transmutacion que se hizo de la primer gracia en la segunda, en que se perficionô aquel acto con todas las calidades, y circunstancias que deuieron concurrir para su valor, como està dicho, y probado por nosotros: Y asi no auiendo sucession que mirar, para que entrasse nadie en la segunda vida de Encomienda posseìda por D. Maria del Varco, que era en lo q̃ solo pudiera obrar la primogenitura, cessa todo esto, y es fuerça que tenga efecto la renunciacion, ô cession de D. Luis, hecha solo por la duda de si era necessario, ó no para mas firmeça, que en quanto a èl, no ay duda que valiesse: y este derecho dudoso, y incierto, era cierto, y se verificò al tiempo del dicho traspasso hecho por su Magestad.

40 Dizese en el *n.*41. *&* 42. *de la Informac. contr.* que condu-

ce mucho para su intento la resolucion del señor D. Iuan de Solorç. *lib. 2. de Gub. Indiar. cap. 14. n. 49.* Sed certè lōgè distat a casu nostro, & nullo modo ei potest accōmodari: Porque alli cō presupuesto de que el padre que está posseyendo, y tiene ya para si, y para otro hijo, conforme a la ley de la sucession, vna Encomienda, hallandose con vna hija sola q̃ ha de suceder en ella, puede cedersela, y dexarle el goze della, vt commodius, vel honestius matrimonium contrahere valeat, como lo dize en el *n.* 47. refiriendo las cedulas que aprueban, y permiten semejantes renunciaciones, para dotar, y acomodar a las hijas, q̃ tambien auia puesto eodem *lib. 2. c. 6. n.* 81. y nosotros *in* 1. *alleg. n.* 62. y diziendo, que en la dicha especie, siendo la hija la inmediata, y la que aliàs auia de suceder, no era necessaria, porque el feudo, ò el Mayorazgo puede cederse en el mas proximo, y inmediato successor, como es llano, y alli lo comprueba, & latè Giurb. *de success. feud.* §. 1. *gloss.* 12. *n.* 29. con este presupuesto, pues en el *n.* 49. pregũta, si despues de esta renunciacion, ó traspasso hecho por el padre en la hija, tuuiesse, y le naciesse vn hijo, si este aurà de suceder? Y dize, que si, y es llano, que al tiempo que muera el padre, hallandose el primogenito, ha de ser preferido a la hermana, porque alli el padre solo pudo ceder en quanto a êl, y en su perjuyzio el goze por su vida; pero despues de ella no pudo prejudicar por si solo cō su hecho al que respeto de no auer alteracion, ni mudança alguna, tenia derecho adquirido por la misma ley: Y asi en el *n.* 54. con Paulo de Castro, Afflictis, Menochio, y otros resuelue, que hasta despues de la muerte del padre, no podia el hermano reuocarlo: Cō que se vé que esto no puede conuenir a este caso, en que la madre no cediò despues de gozar, ni de ser posseedora, ni cediò absolutamẽte, sino con calidad expressa de que se huuiesse de poner, y situar en su hija en primera vida, y tener principio en ella, y en donde junto con esto interuino consentimiento de D. Luis Trejo, que entonces tenia el derecho de inmediato, y se confirmò con la aprobacion de su Mag. de suerte que en contrario se toman las proposiciones de por si en todos estos casos, siendo asi que todo junto haze llana, y sin dificultad la materia.

Pro-

41 Prosiguiendose desde el *n.43.* por el Abogado cõtrario enel preciso reconocimiẽto dela enixa volũtad de su Magestad en fauor de la Cõdesa, buelue a insistir enla potestad, pretẽdiendo fundar, q̃ no la ay, ni pudo auer, para quitar a la señora doña Maria de Vera el derecho de la sucession, ni causarla perjuicio: A que respondimos *in 1. alleg. à num. 40. per plures sequentes,* fundando, que aqui no pudo auer, ni considerarse perjuicio, respeto de la señora doña Maria de Vera, por no tener entonces no solo derecho, pero ni aun esperança cierta, y inuariable; por estar dependiente de si sobreuiuia a doña Maria del Barco su abuela, y a don Luis Trejo su tio, y poder morir antes que ella: como consideró el Consulto *in l. Statius Florus, §. Cornelio Fælici, de iure fisci:* y que aquel tiempo de la perfeccion del acto, es, que se deue atender, y no a lo que despues sucede, como alli lo fundamos, *num. 55. & seqq.*

42 A que aora añadimos, para satisfaçer a los lugares q̃ se traen en contrario: que lo que se dize *num. 44.* que el assenso Regio no haze mas que seguir la naturaleza del acto a que se interpone, trayendo para ello a Ponte *de potestate Proregis, tit. 6. de assensu Regio, num. 46.* y en otras partes donde dize, que este assenso non est actus de perse stans, sed confirmatio contractus rei feudalis, & non dato confirmabili, quod est contractus, non habet vbi pergat sedes: no puede proceder en nuestro caso; porque vna cosa es q̃ en vn contracto, o disposicion de cosas de particulares, como feudo, mayorazgo, ò otras cosas, interuenga el assenso, o facultad Real, que entonces, aũque se necessite della para el valor, o firmeza del acto, no obra alli de per se, ni haze mas que quitar aquel obstaculo de derecho q̃ lo prohibia, y viene a seguir la naturaleza de aquel acto, y se sujeta a ella, sin disponer nada de suyo: como lo dixo Andres de Isern. *in c. Imperialẽ, col. 6. de prohib. feud. alien. per Feder.* y Marin. Freccia *de sub feud. q. 29. lib. 2.* vbi inquit, quod resignatione facta feudi, in manibus Regis, dum ipse consentit, vt alius inuestiatur magis exequitur voluntatem contrahentium, quã quod

F ipse

ipſe verè dicatur conferre, & donare feudum, & cum eis Cæſar Contardus, *in l. vnica, C. ſi de momentanea poſſeſſione fuer. appellatum, limitat. 2. §. 8. num. 48.* ibi: *Quod hoc caſu Princeps transfert, quod eſt alterius, & permitit alium de re ſua diſponere, & tollit obſtaculum iuris prohibitiui, & eſt magis quadam indulgentia, & animi declaratio, vt contractus ille peficiatur, quam vera donatio, aut collatio, &c.*

43 Y otra muy diſtinta, que en lo que ſu Mageſtad ha donado, y concedido en cierta forma, para mudarla, o alterarla interuenga eſta voluntad, y aſſenſo de ſu Mageſtad, y mas ſobre el conſentimiento del intereſado. Porque entonces no ſe podrà dezir que ſigue la naturaleza de aquel acto, ni es acceſſorio a èl, ſino el que principalmente le dà fuerça, y valor: Y podremos reſponder a eſto con las palabras del ſeñor Molina *de primog. lib. 4. cap. 3. num. 24.* que ſon: *Illud autem, quod ex aduerſo dicebatur, quod ſcilicet conſentiens, vel facultatem præſtans videatur donare. Intelligendum eſt quando quis conſentit donationi rei propriæ; ſecus autem ſi conſenſum præſtet, vel donetur res alterius: Tunc namque non conſentiens, ſeu facultatem præſtans, ſed Dominus ipſe donare videtur, &c.* Deſuerte que aqui no puede auer duda, que el aſſenſo, y aprobacion de ſu Mageſtad, dado ſobre la coſa que auia concedido, y donado, es lo principal, y no puede dezirſe que es acceſſorio a la volũtad, ni contrato de las partes, que no le ay, ni coſa formal præter voluntatem, & approbationem, ſeu cõceſsionem Principis, quæ totum actum regit dominatur, & perficit.

44 Deſde el *num. 45.* ſe dize, que el Principe de poteſtate ordinaria no puede quitar el derecho adquirido en las Encomiẽdas, al primogenito, y darſele al ſecundogenito, citando para ello al ſeñor don Iuan de Solorçano, *lib. 2. de iure Indiarum, cap. 16. num. 37. & ſeqq.* La qual opoſicion nos hizimos *in 1. allegatione num. 86.* con Matienço *in l. 6. tit. 10. lib. 5. Recop. gloſ. 2. & 3. num. 26.* y el ſeñor Solorçano, *d. lib. 2. cap. 27. à num. 28.* y reſpondimos, que eſto procedia en Encomiẽdas, ya adquiridas, y radicadas perfetamente en vno. Y en eſte caſo no auia tenido efecto

la

la merced en doña Maria del Varço;ni ella auia pedido, ni su Mageſtad concedido la ſegunda vida al ſecundogenito,en perjuicio del primogenito, que es lo que los dichos lugares dizen,ſino concedido de nueuo la dicha Encomienda a doña Iuana Zapata, para que tuuieſſe principio en ella,y ſe ſituaſſe en ſu cabeça: y eſto por cauſa de ſu remedio,ſiendo deſcendiente de la caſa,y padres de los que hizieron los ſeruicios que ſe propuſieron al tiempo de la ſuplica,y interuiniendo la voluntad, y conſentimiento de quien podia ſer intereſado en la primer merced,y de don Luis,que entonces era quien podia tener derecho,o eſperança a la ſegunda vida: con q̃ diximos,que aun quando no fuera tan llano, y cierto lo dicho,ſino en los terminos riguroſos de eſtar acetada,y corriente la primer merced, y tratarſe de perjudicar al primogenito en la ſegunda vida, que le podia tocar, con ſu conſentimiento ſe allanaua la materia, comprobandolo en el *num.* 87.con el miſmo lugar del ſeñor Solorçano,que ſe trae en contrario,que en el *num.* 44. y en la *Politic.Indian.lib.* 3.*cap.*17.*verſ. Y no obſta,fol.* 363. dize, que ni los padres,ni el Principe pueden diſponer coſa alguna en fauor de los hijos menores,ſino es con conſentimiento de los primeros llamados,a quien auia de tocar. Segun lo qual,en ningun caſo podia tener duda el nueſtro.

45 En el *num.* 48. ſe reconoce la fuerça de lo dicho, y que en el tiempo de la dicha gracia la ſeñora doña Maria de Vera no tenia,ni podia tener derecho ninguno, ſino vna eſperança de poder ſuceder en la ſegunda vida,en caſo de premorir don Luis Trejo antes que ſu madre. Y ſe quiere apoyar,que no es viſto auer querido ſu Mageſtad perjudicarla en eſto,ni darlo al inferior en grado,qual lo es la Condeſa,con Mario Giurba *de feudis*,§.2.*gloſſ.*8. *n.* 26.*& num.*47.*& prælud.*5.*ex num.* 5. dando por razon el Abogado contrario,*num.*51.*&* 52.que los Reyes nunca quieren quitar el derecho adquirido a los primogenitos,por la primitiua diſpoſicion de los feudos,trayendo tambien para eſto a Rolando Cabagnolo, *in additionibus ad Conſ.Menoch.conſ.*161.*n.*14.

Pero

46 Pero se responde, que estas resoluciones proceden, como està dicho tantas vezes, en feudos antiguos, y ya adquiridos, y radicados, que el posseedor que sucedio en el, no puede, aunque interuenga la aprobacion del señor, perjudicar al siguiente sucessor, para quien no adquirio él nada, ni a quien se ha de suceder, sino al primer adquirente, vt ex dictis authoribus patet, porque cada vno sucede por su persona, como en los mayorazgos lo dize el señor Molina *de primog. lib. 1. cap. 1. num.* 17. *& cap.* 8. *n.* 2. Mieres *de maiorat. part. 2. quæst.* 10. *n.* 4. Y en este caso la esperança del inmediato sucessor es inuariable, cierta, y fixa, vt latè comprobat Giurb. *de feud.* §. 2. *gloss.* 5. *n.* 47. y assi no se pueden aplicar al nuestro, que como diximos *in 1. alleg. num.* 66. *& seqq. & supr. num.* 21. *&* 22. quando pudiera esto correr por las reglas de los feudos, auia de ser nueuo; en el qual es llano que el Principe pudiera alterarlo, y mudarlo, sin que los hijos, y sucessores pudiessen pretender que se les hazia perjuicio, vt optime comprobat en terminos mas ajustados a nuestro caso idem Giurba, *de successìon. feud.* §. 1. *gloss.* 8. *n.* 52. ibi. *Cumque filij, & successores in feudo ex pacto, & prouidentia nouo respectu, primi acquirentis nullum ius habeant; nullum ergo præiudicium eis factum dici potest, quod tunc illatum dicitur si lucrum aufertur, quod quasi debitum saltim sit, &c.* Et deinde *num.* 55. dize, que el padre que primero adquiere el feudo, *pro primogenitis potest illis præiudicare, quia in feudo ex pacto, & prouidentia nouo nulla inter filium, & agnatum constituenda differentia est, si daretur casus quo feudum nouum, ex sui natura ad agnatum pertinere possit, nec feudum nouum habet agnatos.*

47 Y en el *num.* 56. dize, que como sea propio del Principe constituir la primogenitura, el la puede dar a quien quisiere: y satisfaciendo a lo que tanto se pōdera, de que no pudo su Magestad quitar el derecho que despues le sobreuino a la señora doña Maria de Vera, en comprobacion de lo que hemos fundado tantas vezes, cerca de de que solo se deue atender a aquel tiempo en que se haze la gracia, que es quando el acto se perficiona, singularmente prosigue: *Et sicut primus adquirens si primogenituram*

ere-

erexiſſet, non poſſet dici cæteris agnatis; & ſucceſſoribus præiudicium intuliſſe: Sic dicendum quoque eſt in Principe, quia ſemper principium, & erigo inueſtiturarũ attendenda eſt in feudis, vnde de tempore primæ inueſtituræ primus acquirens poterat primogenituram erigere: ergo eodem tempore inſpecto, potuiſſet Princeps eandem primogenituram conſtituere, quam ſi poſteà erexit præiudicium feciße non dicitur, nam ſi de tempore primæ inueſtituræ cæteri non erant tales, quibus per primogenituram præiudicari potuiſſet. Ergo ex poſtfacto præiudicium prætendere nõ poſſunt, quia habilitas de tempore primæ conceſsionis inſpicitur, Calderinus conſ. 47. aliàs 1. de electione, Oldradus conſ. 267. n. 3. &c. De que reſulta clara ſatisfacion a lo que en contrario ſe opone, y prueba de nueſtros fundamentos, que todos ſon ciertos, y legales.

48 En el *num.* 52. ſe dize, que los lugares que por nueſtra parte ſe pueden alegar, para q̃ la renunciacion, hecha por el poſſeedor del feudo, en qualquiera de la familia, ſea valida, interuiniendo el aſſenſo del Principe, deuen entẽderſe ſolo reſpeto del feudatario, y del ſeñor que diò el aſſenſo, y no en perjuyzio del inmediato ſucceſſor, citando para eſto a Giurba §. 1. *gloſſ.* 12. *n.* 31. y otros q̃ êl trae.

49 A que reſpondemos, que los lugares, y autoridades q̃ traximos *in* 1. *allegat. n.* 68. con el preſupueſto de que eſta materia pudiera correr, y gouernarſe por la de los feudos, hablan en nueſtros terminos, ſcilicet in feudo nouiter adquiſito, vel conceſſo, como probamos, que eſte preciſamente lo auia de ſer aſsi en D. Maria del Varco, como en D. Iuana Zapata ſu hija; en el qual reſueluen conſtantemente todos, que ſe puede mudar, y alterar la forma en perjuyzio de los ſiguientes, que ſi no ſe mudara, pudierã tener derecho, y tambien aora en eſta reſpueſta lo hemos fundado, y comprobado mas *ſup. n.* 21. 22. & 46.

50 Y no ſolo *in* 1. *allegat.* traximos Autores que prueban lo dicho en el feudo nueuo, ſino tambiẽ en el *n.* 71. otros nueuos que reſueluen, que aũque el feudo fuera antiguo, y eſto ſe aplicara a nueſtro caſo, pudiera el Principe, y mas con conſentimiento del vaſallo poſſeedor, quitar al ſuceſſor el derecho, ó eſperãça que podia tener, entre los

quales fue vno Scipion Robito *cons. 76. n. 2. lib. 2.* que con Petr. Gregor. Surd. Franch. y el Regente Pont. lo comprueba, y resuelue assi, trayendo la doctrina de Guillermo de Perno *cons. 7. in 4. notabil. n. 42.* his verbis: *Vbi in specie dicit, quod feudatario consentiente potest Princeps praeiudicare formae antiquae feudorum nedum expressè, sed etiam tacitè acceptando, & recipiendo priuilegium in forma noua confirmatum, vel concessum.* Pero esto fue, y es a mayor abundamiento, porque aqui no es, ni pudiera ser feudo antiguo, y assi quando esta doctrina no fuera segura, y se entendiera que solo pudiera obrar en perjuyzio de los que consintieron, y no de los siguientes, como se pretende probar en el papel cõtrario *n. 85. & seqq.* para responder a este lugar, no nos pudiera obstar, porque nuestros terminos quando se assimilaran, ó ajustarã en algo a los feudos, auia de ser a los nueuos, en los quales no habla Rouito, y es constante la resolucion de todos los DD. que el primer adquirente, y el Principe pueden causar perjuyzio a los successores: demàs de que aqui verdadera, y propiamente no es, ni puede ser feudo, sino vna concession de su Magestad, en que ha de tener, y tiene libre disposicion a su voluntad, y mas en el principio, como quien lo dió.

51 En el *num. 53.* se dize, que saca de duda el pleyto vna circunstancia releuante, que fue no auer hecho D. Maria del Varco quando ganò la cedula de 26. de Setiembre del año de 635. en que se passò la merced a su hija, relacion de que en caso de faltar D. Luis Trejo en vida de su madre, quedaua la señora D. Maria de Vera a quien tocaua la segunda vida, y que assi fue nula, y subrepticia esta gracia, y cedula, trayendo para ello a D. Carlos de Tapia *decis. 2. art. 4. nu. 325. & seqq.* y â Freccia *de subfeudis, lib. 2. §. superst, à n. 1. vsq. ad 13.*

52 Pero la respuesta es clarã, advirtiendo lo primero, lo que fundamos *in 1. alleg. n. 50. 51. & seqq.* en quanto a que no se puede dezir que ay perjuyzio, quando este no es de cosa cierta, y formal, sino que depẽde del futuro acõtecimiento, quod potest contingere, & non contingere,

gere,de que deduximos *n.55.& seqq.* que en estas materias, como en todas,solo se deue atender al tiempo, y al estado, que entonces tenia la merced, y no a lo que despues podia suceder,comprobandolo latamente, y es singular para lo mismo la *l.continuus,§.cum quis, ff.de verbor. obligat.*donde hablando de la estipulacion,hecha debajo de la cõdicion impossible,por el hecho, ó por derecho, y diziendo que es ninguna, de la misma manera que quã do es impossible por naturaleça,dize: *Nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, & id quod nunc imposibile est posteà possibile fieri,non enim secundum futuri temporis ius,sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio*: De suerte, que alli no se deuiò atender,ni pudo hazer estimacion, mas que tan sola mente del derecho, que por entonces si tuuiera efecto la primer gracia,podia tener D. Maria del Varco,y D. Luis Trejo,que era el inmediato en aquel tiempo.

53 Y lo segundo, que en esta materia de la obrepcion, y subrepcion, y de la nulidad que por ella se causa en los rescriptos,y gracias, es llano que para que la aya, es necessario que lo que se calla sea totalmente cierto, y no dependa de futuro acontecimiento,de suerte que estè expuesto a poder ser,ó no ser,como singularmente lo resoluiò la Rota *decis.25.tit.de rescriptis in nouis.n.3.in fin.* donde respondiendo a vna ponderacion semejante, dize: *Ad quod respondebatur per Dom. Ægid.quod talia futura quae se habent adesse, & ad non esse merè contingentis, non sunt põderãda.* Y por ella lo resuelue,y prueba muy a nuestro proposito Felino *in cap.in nostra,de rescriptis,sub n.15.corolario septimo,* his verbis: *Septimum corolarium,de futuris habentibus, se adesse,& non esse merè contingenter, non est opus facere mentionem secundum Rotam in isto tit.decis.25.in nouis,vnde non nocet si tacet ius,quod in beneficio potuisset aduersarius cõsequi,si ego non impetrassem,etiam si per impetrationem meam praecludatur ei via ad futuram,& nouam impetrationem, vt in exemplo,de quo ibi quod nota ad multa.* Sequuntur Casador *decis.16.n.2. de praebendis,* Puteus *decis.97.num.6.* donde dà esta razon,para euitar vna subrepcion que se pretendia auia interuenido en la referuacion de vna pension cargada sobre vn bene-

fi-

ficio regressado, por no auerse hecho menciõ del regresso, ibi: *Nõ obstat id quod dicit, de subreptione, quia nõ dicitur subreptio nisi in casibus a iure expressis, ad gloss. in Clement. 1. de praebendis, Felin. in c. in nostra 3. concl. de rescriptis, & cum resolutio pensionis pendeat ab incerto futuro euentu, & futura habentia ad esse, & non esse non inducunt subreptionem, &c.* Y luego *num.* 7. añade: *Et ex hoc respondebatur, ad id quod dicebatur de successione, & quoad illud non erat valula, quia dicebatur quod id incertum erat propter dubium mortis euentum.* Luego aqui que no se trataua de que aquella gracia primera tuuiesse efecto, ni valor, y que quando le tuuiera, dependia el derecho que podia sobreuenir a la señora D. Maria de Vera, del accidente de morir D. Luis Trejo antes que su madre, que podia ser, y no ser, no puede dezirse que fue subrepcion el no dezir esto a su Mag.

54 La misma conclusion siguen, y comprueban la Rota *decis.* 240. *part.* 1. *diuersorum, n.* 27. D. Couarr. *lib.* 3. *var. c.* 13. *n.* 1. Alex. Ludou. *dec.* 108. *n.* 7. Melchior Lother. *de re benefic. lib.* 2. *q.* 54. *n.* 52. ibi: *Et insuper pro cõstituẽda hac subreptione irritatiua rescripti, ipso iure, id etiam exigitur, vt id quod tacetur sit omnino certum, nec pendeat ab euentu, quia scilicet habeat se tam ad esse quam ad non esse, &c.* Con que notoriamente se satisface a la objeccion, y ponderacion referida, y se vé que si el pleyto no fuera tan claro en fauor de la Cõdesa, y se pudiera suponer alguna duda, esta ponderaciõ no le sacaua della, como se dize.

55 Y los lugares q̃ para ello se traen, aũ q̃ se dize *n.* 60. q̃ sõ los mas ajustados q̃ se puedẽ hallar para desvanecer el valor de la cedula del año de 635. enq̃ se funda la Condesa, no se pueden aplicar a nuestro caso, ni pudierán respeto de lo dicho, porque D. Carlos de Tapia *d. decis.* 2. *art.* 4. *n.* 325. que se cita *in alleg. contr. n.* 53. in illis verbis: *Quod eo magis affirmandum dicebatur, quia assensus fuit subreptitiè impetratus, non enim fuit exposita Regi qualitas feudi, quod scilicet erat cum clausula iuris Francorum antiquum, & quod fiebat postergatio. Vnde nullum effectum operari huiusmodi assensum, non enim Rex concessißet, aut durius concessisset:* y los demas lugares q̃ se traen para comprobar esto, proceden, y hablan en ob-

rep-

repcion clarã, porque siendo el feudo de plaça, de que alli se trata antiquissimo, y de iure Francorum, y ex pacto, & prouidentia, en que deuia suceder el primogenito, segun su naturaleza, para pedir el assenso para la trãsaccion q̃ se hizo entre Peregrino, y Antonelo, en que Peregrino renunciò su derecho; se callò esta calidad, q̃ era cierta, y verdadera, y tocante a la sustancia, y naturaleza del feudo. Pero en nuestro caso se hizo relacion cierta por doña Maria del Varco a su Magestad, pues se le dixo que se le auia hecho la primera merced a ella, y a otro heredero, conforme a la ley de la sucession: y que segun aquel estado, y tiempo, don Luis Trejo, que era el que podia pretender tener derecho a la segunda vida; cedia qualquiera que le pudiesse tocar, en su hermana; de suerte, que en el caso de la decision de Tapia, lo que causò la obrepciõ, y nulidad del assenso, fue el no referir se que era feudo antiguo, en que deuia suceder, y tenia derecho el primogenito: vt patet ex illis verbis, *Nõ enim fuit exposita Regi qualitas feudi, quod scilicet erat cũ clausula iuris Francorum antiquũ, & quod fiebat postergatio, &c. & num.* 327. ibi: *Et in specie, quod assensus sit nullus, quando non est expressum feudum fuisse antiquum, ex Andrea de Afflict. Ruin. & alijs tradit Roland. cons. 49. n. 55.* Con q̃ no informado desto el Principe, faltò su voluntad: y para la gracia hecha a la Condesa se expuso, y refirio a su Magestad la calidad de la primer merced, y concession, y no se callô, ni omitiò circunstancia alguna, que pudiesse mouer a lo contrario, sino que se hizo ajustada relacion della, y de las que tenia. Quando todo esto faltò en la contraria, pues es claro, que si se huuiera hecho relacion a su Magestad por el señor don Iuan Gonçalez; quando pidio los despachos para la situacion de la segunda vida, como se contiene *in 1. alleg. n 7. & 8.* de que estaua hecha la merced a la Condesa, y despachada en su fauor *la cedula de 26. de Setiembre de 635.* aut non concessisset, aut difficilius concessisset, que es lo que causa la obrepcion, *ex cap. si quando, cum similibus, de rescript.* D. Solorçano *de iure Indiar. lib. 2. cap. 8. num. 50.* Gutierrez, *lib. 2. Canon. cap. 15.*

num. 25. *y* 26. como expressamente lo dixo su Magestad en la cedula de *primero de Octubre de* 645. referida *in* 1. *alleg. num.* 10. *vers. Y porque esta cedula se despachò.* Con que es euidente el dicho defecto, y nulidad, y que en nuestra gracia no la huuo.

56 Y las palabras del mismo Tapia, que se traen por el Abogado contrario, *num.* 54. juntamente con el lugar de Freccia *de subfeudis lib.* 2. §. *superst, à n.* 1. *vsque ad* 13. pōderado *num.* 55. *& seqq.* tienen la misma respuesta; porque lo que alli resuelue es, que si vn padre, teniendo nietos del hijo mayor, y vn hijo segundo hizo donacion en el de vn feudo que posseìa antiguo, y ganò assenso Regio para su confirmacion, sin hazer relacion al Principe de que le tocaua al nieto, segun la forma, y naturaleza del feudo, es nulo, dando la razon Freccia, *num.* 1. *circa mediū,* en estas palabras que se citan *d. num.* 55. *in fine: Quia tempore impetrationis non fuit narratum Domino Proregi ipsum fuisse superstitem ex primogenito dicti Cæsaris, quod si fuisset expreßum Dominus Prorex non præstitißet assensum prædictum, aut difficulter concessisset.* Lo qual conuiene con todo lo que dexamos dicho, y fundado, de que en el feudo antiguo, ex pacto, & prouidētia, no puede causarse perjuicio al legitimo sucessor, sin su consentimiento, y mas no siendo la voluntad del Principe hazerlo, por no tener noticia de ello: y aqui no se pudo euitar la obrepcion, pues estando viuo el nieto, y teniendo ya derecho adquirido, por auer muerto su padre, y ocupado ēl la primogenitura, no se hizo mencion desto.

57 Pero en nuestro caso, nullo modo, se puede dezir que la huuo, pues se refirio quien era, eo tempore primogenito, y el q̄ solo podia tener derecho, y no otro, y interuino su consentimiento, sin que se tratasse tāpoco de passar, y ceder solo a la hija segunda la vida que le podia tocar a el, que era la segunda, sino la primera: Y hecha esta relacion verdadera, y cierta, lo aprobó, y confirmó su Magestad. En cuyos terminos no discurriera Freccia, como alli discurre, fundandose en tener ya el nieto derecho cierto, y inuariable: y que el darlo al hijo segundo

fue-

fuera preuertir el orden, y forma dada en el principio de la concessiõ, como cõsta de todas las razones que se notan en el papel contrario, y de la vltima del *num.* 59. que quando el padre dona al segundo genito, es visto quererle mas que al primero, y su descendencia, que fue la q̃ amô, y quiso mas el primero concediente: y assi infiere *non esse verisimile Dominum per assensum suum voluisse excludere eum quem plus dilexit, quando de hoc non fuit informatus.* Luego no lo dixera assi, si auiendolo sido, y enterado de la verdad, como en nuestro caso, huuiera cõfirmadolo, y dadolo de nueuo; no solo siendo feudo nueuo, como aqui lo es, sino aunq̃ fuera antiguo, como alli lo era. Y sin embargo, llegando Freccia a la decision de la question *num.* 14. *in fin.* dize, q̃ dos Consejeros tuuieron el assenso por valido, y que en su virtud auia valido la donaciõ, y q̃ los demas lo tuuierõ por subrepticiõ, y condenarõ a los reos a dexar la possessiõ del feudo. Y que auiendose suplicado desta sentencia, las partes comprometieron la causa en Francisco Reuerterio, Presidente de la Regia Camara de la Sumaria, hombre doctissimo, el qual declaró, y dio el assenso por valido, y no obrepticio, y cõpuso a las partes, por dezir que no auia hallado decision contraria, y que assi se auia de estar a la regla. Con que se ve quanto distan, y son diferentes los casos de Tapia, y Freccia, del nuestro, y que assi no se pueden ajustar a el sus resoluciones, que se traen por tan formales, y decisiuas.

58 En el *num.* 61. auiendose opuesto el Abogado contrario algunos de nuestros fundamentos, como es, que siẽdo nueua esta merced en doña Maria del Varco, y adquirida por ella, como fue parte para adquirirla, se ha de juzgar auerlo sido para transferirla en la hija que quisiesse: y que por auer dependido la merced de su Magestad, como pudo hazerla al principio, pudo permitir despues se hiziesse la translacion en otro; porque ninguno de los hijos tuuo derecho adquirido a la dicha merced. Responde a ellos desde el *num.* 62. distinguiendo entre el feudo nueuo, concedido a vno simpliciter, por sus seruicios, o dinero, o èl dado para èl, o para su hijo, en contẽpla-

placion de ambos, porque del primero dize, puede disponer el padre como le pareciere. Y del segundo nullo modo, por ser ex pacto, & prouidentia, y dado en fauor del padre, y de los hijos, por causa, y contemplacion de de ambos, en que no puede quitarles el derecho adquirido. Y assi dize en el *num.*68. que este segundo caso es el deste pleito, porque la merced no se hizo simplemente a doña Maria del Varco, ni por seruicios suyos, ni por dinero, sino a ella, y a la persona, que conforme a la ley de la sucession, pudiesse suceder, con que doña Maria del Varco, aunque interuiniesse assenso Regio, no pudo perjudicar a la señora doña Maria de Vera su nieta, siendo sucessora, como su abuela, de los seruicios del señor Obispo don Pedro Gasca, que fueron los que motiuaron la concession.

59 A que se responde, aduirtiendo primeramente, que ya, segun este dicurso, se reconoce en contrario, que en doña Maria del Varco fue adquisicion, o feudo (si se quiere llamar assi) nueuo, pues no se duda que tuuo principio en ella, con que se ajustan las dotrinas, y resoluciones que traximos *in* 1. *alleg. num.* 68. *& seqq.* y assimismo se excluyen todas las que se traen, y ponderan en contrario, que hablan en feudos antiguos, como hemos aduertido. Y en quanto a la distincion referida, de ser el feudo nueuo, concedido a vno simpliciter, por sus seruicios, o dinero, o dado para el, y para su hijo, en contemplació de ambos, no quita el que sea nueuo feudo, o nueua cócesion, cuya propia essencia, y formalidad consiste solo, en que de nouo concedatur, & habeat initium in persona illius, qui de eo fuit inuestitus, como la del antiguo es, quod sit adquisitum ab aliquo ascendente, qui fuerit parens communis agnationis, vt constat ex Iulio Claro, *lib.*4. *sentent.* §. *feudum, quæst.* 8. *num.* 1. *&* §. *emphyteusis, quæst.* 16. *num.* 1. *in princip.* Balçarano, *de feudis, tit.* 11. *de gradibus succedentium in feudo, num.* 17. 18. *&* 19. Præside Vrsino *de successione feudi, part.* 2. *quæst.* 1. *art.* 2. *num.* 1. *&* 2. *& art.* 3. *n.* 1. *&* 2. latê Ioannes Thomas de Marinis, *de gener. & qualit. feud. tit.* 1. *à num.* 1. *vsque ad* 8. *& tit.* 3. *à num.* 1. & alijs authoritatibus adductis *in* 1. *alleg. num.* 69. y

assi

aſsi aqui no pudo dexār de ſerlo en D. Maria del Varco; quando ſe pudiera dar eſtado de la merced en ella.

60 Y ſi ſe quiere poner la diferencia en que ſea concedido ſolo al padre por ſu contemplacion, ó interuenga tābien el hijo en vno, y otro, que es lo que ſolo ſe puede dezir, y a que quieren aplicarſe los lugares que ſe traen, no ſe ajuſta a nueſtro caſo, porque aqui D. Maria del Varco en la primer ſuplica, ſolo pidiò para ſi; y ſu Mageſtad ſolo a ella le hizo particularmente la merced, aunque fueſſe en la forma ordinaria de que huuieſſe de gozar della otro heredero deſpues de ſu vida, conforme a la ley de la ſuceſsion: Y es cōcluſiō llana, y aſſentada, que de qual quier forma que ſe conceda, ò reciba el feudo, ſiendo nueuo, ſe puede ceder, enagenar, ó diſponer dèl por voluntad del feudatario, y conſentimiento del dueño, aunque ſe aya concedido por contemplacion de los hijos, y para ellos. Y para que ſe pudiera hazer eſtimacion dellos, y de ſu derecho, era preciſo que expreſſamente ſe huuiera concedido por contemplacion del hijo, y que eſpecialmente eſtuuiera nombrado por ſu propio nombre en la conceſsion, y de otra ſuerte es firme la enagenaciō, ò traslacion del feudo, y no era aun neceſſario que interuiniera el conſentimiento del hijo primogenito, ó de otro agnato que huuieſſe de ſuceder, como lo reſuelue Andres de Iſſern. *in c. 1. n. 3. de alienat. feud. patern.* quā dicit eſſe per omnes approbatā Sigiſm. *conſ. feud. 52. n. 1.* vbi etiā ſubdit quod omnes eam ſequuntur nemine diſcrepante, quia quod ego adquiro poſſum pro mea voluntate alienare, & ſingulariter ad noſtrum caſum Iulius Clar. *lib. 4. ſentent. d. § feudum, quæſt. 41. n. 2. in fin.* ibi: *Sed in feudo nouo ſecus eſt, nā feudum nō-vum ſub quocumque tenore receptum ſit, niſi fuiſſet expræſsè receptum contemplatione alicuius, filij ſpecialiter, & proprio nomine in ipſa inueſtitura nominati, ſemper poteſt ad libitum alienari per feudatarium conſenſu domini, nec requiritur cōſenſus filij primogeniti, vel alterius agnati, qui ſucceſſurus eſſet in feudo, &c.* & deinde *in fin. d. n. 2.* proſequitur, *& hæc deciſio ſemper mihi placuit, licet Doctores ſuper hoc articulo varie ſcripſerint,* & idem tenet, & comprobat, *quæſt. 40. antecedent. n. 6.* don

de

de haziẽdo la misma distincion del feudo antiguo, y nueuo, y poniendo la essencia, y calidad deste en ser adquirido per ipsummet vassallum, pro se, & filijs, vel pro se, & liberis, dize, q̃ en este puede prejudicar a los demás hijos: *& quæst. 8. n. 3. verf. alij verò, & eodem lib. 4. sentẽt. §. Emphyteusis, quæst. 16. n. 1. verf. his præmissis*, Francisc. Monald. *conf. 38. n. 3. & 4. vol. 1.* vbi bene loquitur, & laté, & elegãter ita rosoluit Ioan. Thom. de Marin. *de gener. & qualit. feud. tit. 3. n. 16. verf. quod dicemus.*

61 Desuerte, que para que se pueda dezir que en la concessión se contemplaron los hijos, ò alguno dellos, para pretender derecho por esto, era necessario que se huuierã nombrado expressamente, extraditis ab Afflict. *dec. 393 n. 5.* & expressius a Anton. Gabr. *libr. 3. concl. iur. tit. de iure emphyteutico, conc. 2. n. 9.* dõde auiendo puesto la conclusiõ de que in feudo nouo recepto pro se, & filijs, pater potest illis præiudicare, en el *n. 11.* la limita solo en el caso de ser algun hijo nombrado especialmente, ibi: *Secundò limita, quando feudum esset receptum contemplatione filij, vtputa si fuit dictum pro se, & Titio suo filio, specialiter nominato*, & cum Iulio Claro *in d. § . Emphyteusis. quæst. 16. verf. his præmissis*, Hondedeus *conf. 90. n. 18.* Cephal. *conf. 617. n. 171.* Giurba *de success. feud. §. 2. gloss. 3. à nu. 30.* donde declara toda la materia, y hablando del feudo ex pacto, & prouidentia, nueuo (que son los terminos en que se discurre en contrario) pone por conclusion llana, y la comprueba latamente, que puede el padre darle no solo a vno de los hijos, sino a vn estraño, y postergar al primogenito, quitandosele, y declarandolo en el *nu. 31.* que esto no proceda quando por cõjeturas se puede descubrir, que el feudo se cõcedió por contemplacion del hijo, ò por sus meritos. Añade: *Filij autem contemplatione feudum concessum dicimus, si nomen ipsius in priuilegio sit expreßum, &c.* El qual lugar solo bastara para responder a la distincion, y discurso que se haze en contrario.

62 Y mas haziendo reparo en que el mismo Giurba en el lugar que se cita *en la alleg. contr. n. 65.* para comprobar cõtra nosotros la dicha distincion, y discurso, que es §. 1. *gloss. 12. n. 13. & 15.* diziendo, que el feudo nueuo no puede

de el padre refutarle en perjuyzio de los defcendientes contra fu voluntad,fi le eftipulò, ò adquiriò en nombre de fus hijos,y efto fe reconoce por la inveftidura: haze la mifma declaracion *d.n.15.*ibi: *Contemplatione filij acquifitũ præfumitur feudum,fi proprium filij nomen expreßum in inueftitura fit.* Segun lo qual es clara nueftra refpuefta,afsi a Giurba,como a los demàs Autores que fe traen para comprobar lo mifmo,que fe deuen entender en efta forma, y refulta fer llano el derecho de la Condefa, pues aqui no fe puede dezir que fe tuuo contemplacion mas que a la perfona de D.Maria del Varco,y no la de ningun hijo particularmẽte,en cuyo nombre no fe pidió, ni expreffo fino en el fuyo.

63 Y lo que dexamos fundado procede con mayor razõ, y llaneça,quando la cefsion, ó enagenacion del feudo no fe haze en vn eftraño(fin embargo de que pudiera, fegun lo dicho)fino en fauor de alguno de los hijos, ò defcendientes comprehendidos en la primer inveftidura, ò con cefsion,y que pudieran fuceder en êl,vt probatur *in cap. 1.§.fed etiam res,vbi gloff.verbo proximiori per quos fiat inueftitura,cap.1.poft princ.verf.& licet,de alienat.feud.patern.cap. 1.§.prætereà,de prohibit.feud. alienat.per Federic.* Bartol.*in l. qui Romæ,§.duo fratres,quæft.9.ff.de verb.obligat.*Bald. *in l. voluntas,n.3.C.de fideicomm.*Mart.Laud.&Cardin. Alex. *in cap.1.§.fi Titius,fi de feudo fuerit controuerf.* Menoch. *conf. 158.n.88.& conf.155.n.28.* & alij relati ab Armengol. *in refponf.feudal.fect.1.art.1.n.141.*Tapia *decif.2.n.225.* Manent.*conf.45.n.42.*Iulius Clar.*d.§.feudum, quæft.40.nu.6.* donde figuiendo,como mas verdadera,la opinion de que el padre pueda dar, ò prelegar el feudo nueuo a qualquiera de fus hijos libremente; añade in fin. *Si enim vera eft decifio Andr.de Iffern.quam retuli,d.quæft.41.verf.& hæc quidem,quod fcilicet vaffallus de feudo nouo pofsit, cum confenfu Domini,ad fui libitum difponere, nefcio videre qua ratione, fi vaffallus poffet tale feudum alienare etiam in extraneum, non pofsit etiam illud vni ex filijs fuis prælegare,& ita fi cafus contingeret confulerem,& iudicarem,&c.* Sequitur Ceuall.*tom.3 comm.quæft.782.n.10.& feqq.* vbi dicit,hanc opinionem effe veriorem,& receptiorem,& pro ea confuluiffe,in caufa quam ibi refert.

Di-

64 Dizese *n.70.& seqq.* que esto es mas firme, y cierto, atẽdiendo a que luego que se hizo la primer merced a D. Maria del Varco para ella, y para vn sucessor, con su aceptaciõ quedó adquirido derecho al que despues della lo huuiesse de ser, con el señor Molina *lib.4.cap.2.nu.75.* y otros que se traen para esto: Pero se ha respondido *sup.n.20.* con q̃ en ninguna manera se puede dezir que Doña Maria del Varco aceptô aquella primer merced, ni q̃ tuuo efecto en ella: y que antes con la segunda, en que se passó, y transfiriò en la Condesa, para que tuuiesse principio en ella, quedó annulada, y nouada, sin poder obrar efecto alguno, ni atenderse para nada: Y assi, aquellas doctrinas, y el dezir, que el derecho de la señera D. Maria de Vera no le preuino de D. Maria del Varco su abuela, sino de su Mageſt. no se ajustã, y solo pudierã correr, y põderarse, si estando en los terminos de la primer concession, y auiendo entrado en la possession, y goze della, D. Maria del Varco huuiera querido passar, ò passado la segunda vida en la Cõdesa, en perjuyzio del succesſor que podia tener derecho a ella despues de sus dias.

65 En el *n.75.* aplicandose todo lo que dexa dicho a nuestro caso, se dize, que queda conuencido, que siendo las Encomiendas de las Indias como los feudos, ex pacto, & prouidentia, la renunciacion de D. Maria del Varco, ni el consentimiento de D. Luis, ni el assenso Regio, pudierõ quitarla el derecho, comprobandolo con la resolucion del señor D. Iuan de Solorçano *de Iur. Ind. tom.2. lib.2. cap.16.n.43.* donde asimila nuestras Encomiendas a los feudos, in quibus succeditur iure Francorum, y que son adquiridos ex pacto, & prouidentia: y dize, que concedida vna vez por el Principe, no puede, sin justa causa, quitar el derecho al primogenito, y darsele al segundogenito: El qual lugar está tan lejos de obstarnos, y ser contra nosotros, que le traximos *in 1. allegat. n. 87.* si bien fue en el *n.44.& 45. y sigu.* donde limita la proposicion referida, quando el primogenito lo consiente.

66 Segun lo qual, dezimos aora. Lo primero, que ni este lugar, ni otro alguno que hable de Encomienda, ò feudo

ya

ya adquirido, y radicado en vn posseedor, como son todos los que se traen, no pueden conuenir a este caso, supuesta la nulidad, y reuocacion de la primera gracia: y q̃ el intento, y voluntad de D. Maria del Varco, y de su Magestad, fue deshazer aquella, y hazerla de nueuo a la Cõdesa, y no que se continuasse. Y lo segundo, que aũ quãdo esto no fuera tan cierto, y estuuieramos en los terminos de auer tenido efecto aquella merced (quod negamus) pudiera auerse passado a la Cõdesa, auiendolo consentido Don Luis: Para lo qual se deue reparar que el señor Solorçano *d.n.*43. que se cita en contrario, *vers. caeterum vbi agimus*, refiriendo sus palabras hasta *talis concessio admitti, nec solet, nec debet*, habla en la question puesta *in principio n.*42. ex Lucas de Pena *in l. Diuae memoriae, col. fin. C. de Decurionibus, lib.* 10. scilicet an Princeps possit concedere feudatario in praeiudicium primogeniti, vt ipse diuidat bona feudalia inter liberos, y esto es lo que dize, que no puede valer en los feudos ex pacto, & prouidentia: y luego *n.*44. para comprobarlo trae a Marescoto *lib. 2. variar. cap.* 120. *n.* 13. donde dize, que en estos feudos no se puede hazer esta gracia al segundogenito, sino es que el primogenito sea ingrato: Y luego en el *n.*45. le trae en el *n.*20. que concluye, que ninguna disposicion vale en perjuyzio de aquellos que por la ley del feudo han de suceder, sino es que ellos lo consientan: Y mas lo declara *in Polit. Indian. lib.*3. *cap.*17. *vers. Y no obsta*, como lo notamos *in* 1. *alleg. d. n.* 87. in illis verbis: *Sin que los Principes quieran, ni los padres puedan disponer cosa alguna en fauor de los hijos menores, sino es con expresso consentimiento de los mayores, primero llamados, &c.* Luego este lugar confirma lo que està dicho, de que con el consentimiento de D. Luis, y aprobacion de su Magestad, quedarà firme, y assegurado el derecho de la Condesa, aun quando huuiera valido la primera merced, y tenido pricipio en D. Maria del Varco; lo qual deuia auer precedido, para que se ajustasse esta resolucion.

67 Desde el *num.* 76. por ver que la cedula de 3. de Iunio de 644. que referimos, y pusimos a la letra *in* 1. *allegat. n.*

7.y 8.en que ſe mandaron ſituar los mil y quinientos ducados de la merced hecha a D.Maria del Varco ſu abuela, por auerſe hecho relacion de que auia muerto ſin dexar ſuceſsion, y que le tocaua entrar en el goze dellos, en la ſegunda vida quedó derogada, y dada por ninguna por la cedula de 1.de Octubre de 645.que puſimos *d.alegat.n.*10.en que ſe dize, que la cedula referida ſe deſpachò ſin noticia de la dada en 26.de Setiembre de 635. en que ſe auia mandado cumplir la merced de los dichos 1500.ducados de renta, en cabeça de D.Iuana Zapata, y que la voluntad de ſu Mageſtad era que eſto tuuieſſe efecto por pertenecerle a la ſuſodicha, y auerle ſu Mageſtad hecho a ella la gracia, y merced, y aſsi ſe manda cumplir en ſu cabeça, ſin embargo de lo que ſe auia ordenado por la dicha cedula de 3.de Iunio de 644.porque eſta quedaua reuocada, y no auia de ſer de ningun valor, ni efecto, ſe dize que la ſeñora D.Maria de Vera no funda ſu derecho en ella, ſino en la de 20.de Setiembre del año paſſado de 1631.dada en fauor de ſu abuela, a que queda ſatis fecho, pues diximos *ſupr.n.*4. *& ſeqq* que eſta no ſe puede atender, por auer quedado reuocada, y annulada por la de la Condeſa del año de 635.

68 Proſigueſe en el *num.*78.diziendo, que el miſmo motiuo que ocaſionò a dar por ninguna la cedula de 3. de Iunio de 644. que fue auerſe deſpachado ſin noticia de la de 26.de Setiembre de 635. obliga aora a que ſe dè por ninguna eſta de 1.de Octubre de 645.por auerſe deſpachado tambien ſin citacion de la ſeñora D.Maria de Vera, y ſin noticia de ſu derecho: En que es fuerça advertir la diferencia que ay de vno à otro, porque a ſu Mageſt. para deſpachar la cedula de 3.de Iunio de 644.no ſe le hizo mas relacion en la ſuplica, de que por auer muerto la dicha D.Maria del Varco ſin hijo varon, y ſer hija de ſu hija mayor, conforme a la ley de la suceſsion la tocaua entrar en el goze de los dichos 1500.ducados de rẽta en la ſegunda vida: De ſuerte, que no tuuo noticia, ni ſele diò de lo que deſpues interuino, ni de la ſegunda, con cõceſsion hecha a la Condeſa, que era la que preciſamen-

mente,se deuia atender,con que nullo modo potest euitari subreptio;y para despacharla de primero de Octubre de seiscientos y quarenta y cinco,se le hizo relacion ajustada,y verdadera de todo,como della consta; y antes esso fue causa de que se despachasse:y assi en esto no ay, ni puede auer duda,por ser tan claro,y euidente.

69 Y el dezir,que por ella se le reseruó el derecho a la señora doña Maria de Vera;y por esto no se pudo comprehender lo que quedaua reseruado, non debet attendi, porque demas de que la reserua ni quita, ni dà derecho, sino solo conserua el que huuisse,*l.Bebius Marcellus, ff. de pactis dotal.l.at si quis,§.plerique,ff.de relig.& sumpt.fun. l.in venditione 7.ff.cōmun.prædiorū,l.si quis legauerit,ff.de leg.1.* vbi Iason,& reliqui DD. in prædictis iuribus, *cap. inter Monasterium*,vbi Felinus, Abbas,& Canonistæ, *de re iudicata,cum vulgatis*: esta solo fue para la segunda vida, como se prouó *in 1.alleg.num.30.& 31.* Y quando fuera, ò pudiera ser para la primera(quod non fatemur) no podia esso embaraçar,ni quitar el derecho de la Condesa, que es tan claro,y notorio. Y asi se ve que no faltò la voluntad en su Magestad,como se quiere dezir en contrario, antes està tan manifestada,y repetida como aduertimos *in 1.alleg.à num.27.* Y para conuencimiento de la dicha oposiciō,demas de las ordenes repetidas que ha auido,y dadas con tanta deliberacion,y conocimiento;no es necessario mas que reparar en las palabras de la dicha cedula,en que auiendo dicho su Magestad, que la cedula de tres de Iunio de 1644.se auia despachado sin noticia de la de veinte y seis de Setiembre de 635.en que se auia mandado se cumpliesse la merced de los mil y quinientos ducados de renta en cabeça de doña Iuana Zapata, hija de la dicha doña Maria del Varco,por auerlo suplicado ella, para ayuda a dar estado a la dicha su hija,y venido en ello don Luis Trejo su hijo mayor,y sucessor en la dicha renta; añade: *Y mi voluntad es, que esto tenga efeto, por pertenecerle a Doña Iuana Zapata Osorio, por la causa referida, y auerle yo hecho esta gracia, y merced.* Y prosigue mandando, que se le situen a ella, y que

que se recoja la cedula de tres de Iunio, porque queda reuocada, y no ha de ser de ningun valor, ni efeto: con que de la voluntad de su Magestad no se puede dudar.

70 Ni tampoco de la potestad, como se dize *num.* 81. ex eo quod Princeps non posit ius agnatis in spe consistẽs auferre: Porque este punto le ajustamos *in 1. alleg. num.* 51 *& seqq. vsque ad* 61. *& num.* 71. *&* 76. *& seqq.* donde se cõprouò, que no se puede atender, ni considerar el perjuicio que depende del futuro acontecimiento, que puede ser, y no ser: y assi puede el Principe perjudicar en el derecho que depende de la esperança, y que es de futuro, y assi incierto, y contingente; y mas en concession de hazienda, y renta suya, y que procedia de su mera voluntad, y donacion. Pero quando esto no fuera tan cierto y tuuiera alguna duda, que no haze, no nos podia obstar, porque aqui no ay, ni puede auer primera merced en doña Maria del Barco, ni perjuicio en el sucessor suyo, que auia de deriuar su derecho della, por auer quedado aquella deshecha, y anulada, por la que se hizo a doña Iuana Zapata su hija: como tantas veces se ha repetido necessariamente, por resultar dello la clara justicia de la Condesa, y satisfacion a todo quanto se opone en contrario.

71 Y en quanto a lo que se dize *num.* 85. que la señora doña Maria de Vera no niega la semejança que tienen las Encomiendas de las Indias a los feudos, y antes se vale della; para que como en ellos no puede el Principe alterarlos en perjuicio de los sucessores: tampoco puede en estas contra los llamados por la ley de la sucession: y que lo que se niega es la ilacion que queremos sacar, en quanto a dezir, q̃ es cierto que los Principes pueden, cõ consentimiento del feudatario, mudar la naturaleza de los feudos, porque esto es reprobado, respondiendo a Rouito, *d. cons.* 76. *num.* 2. *vol.* 2. que lo dixo, y satisfaciẽdo, con que los lugares que trae para esto, proceden en quanto a que el feudatario que consiente, solo puede ser en su perjuicio, mas no de los demas sucessores. Respondemos, que aunque se assimilen en algunas cosas las Encomien-

comiendas a los feudos, como tambien a los mayorazgos, en la sustancia, y formalidad de vnas, y otras, son muy distintas, como aduertimos *in* 1. *alleg. n.* 66. *& n.* 73. & vt cunq; sit, quando Rouito no lo dixera expressamente, y los lugares q̃ trae se pudieran entender en otra forma; la ilacion nuestra es llana, de que el Principe puede con consentimiento del feudatario, mudar la naturaleza de los feudos: y sin duda en nuestro caso, que es el del feudo de nueuo adquirido, porque la resolucion contraria puede tener lugar en el antiguo, como lo dexamos probado *sup. num.* 21. *&* 22.

72 Aunque en el *num.* 92. se procura dar salida a la alegacion 115. del señor don Iuan Bautista de Larrea, diziendo; que si en el *num.* 14. dize, que el Principe puede mudar las disposiciones testamentarias: En el *num.* 35. afirma, que es menester para hazerlo, que interuenga causa publica, y que no bastará ninguna particular. No se satisface a ella, ni puede, porque nosotros *in* 1. *alleg. num.* 82. no le citamos, sino *num.* 23. *y* 24. donde entre los fundamentos de la opinion afirmatiua, que concede al Principe con causa la facultad dicha, pone por indubitable, diziendo, que ni los Autores de la contraria opinion dudan dello: *Quod quando maioratus fieret ex donatione ipsius, Principis tunc sine causa potest substitutiones maioratus mutare, quippe cum illa concessio procedat ex mera gratia, & voluntatē Principis, vt poterat reuocari, etiam nouam dari formam.* Lo qual se ve quan decisiuo es de nuestro caso.

73 En el *num.* 94. y siguientes se refiere por exemplar muy formal, y ajustado a el lo que se decidio en el Consejo de Camara de Indias, en la tercera vida de la Encomienda que gozaua el Marques de Guadalcaçar, primer Caualleriço, y Gentilhombre de la Camara de su Magestad, que teniendola en segunda vida obtuuo por sus seruicios prorrogacion de otra vida mas: y aunque dispuso della en fauor de la Marquesa doña Luisa de Venauides y Baçan, su muger, tratando de sacar los despachos, se reparó, y declaró por el Consejo, y su Magestad, que aquella vida deuia tocar a la hija mayor, y no a la Mar-

L que-

quesa: Pero quando se pudiera atender a exẽplares, donde ay tan clara justicia, y tantas resoluciones legales que la apoyan en fauor de la Condesa, este no se ajustara, porque dando por llano, que auiendo gozado su padre la primera vida, luego gozô el Marques la segunda: era preciso, y consequente, que prorrogada por su Magestad otra absolutamente, auia de seguir la naturaleza del acto, y concession principal, y la forma dada por la ley de la sucession, y assi tocar a la hija. Y en nuestros terminos no ay nada desto, sino que á principiô alterandose, y dandose por ninguna la merced hecha a doña Maria del Varco, la hizo de nueuo a doña Iuana Zapata su hija, para q̃ la Encomienda tuuiesse principio en ella, vnde a separatis non potest fueri illatio, *l. Papinianus, ff. de minoribus, &c.*

74 En el *num.* 97. se dize, que es tan firme el derecho de la señora doña Maria de Vera, que la Condesa le reconocio en la escritura de transaccion, que se otorgô entre ambas partes, de que hizimos mencion *in 1. alleg. num.* 39 *& seqq.* donde se probó, que assi por derecho, como por las clausulas particulares de ella, no valio, ni tuuo efecto ni se puede hazer estimacion della para nada.

75 Y reconociendose esto por el Abogado contrario, *num.* 98. *& seqq.* dize, que hasta aora no está denegada la confirmacion, como si a la Condesa no le bastara que no la huuiera sacado el señor don Iuan, ni pedidola quando parecio, pidiendo los despachos, para el goze de la Encomienda, auiendo en la transacion clausula expressa para ello, respeto de las calidades, y circunstancias con que la auia hecho la Condesa, que se auian de aprobar; y de otra suerte no la hiziera, y siendo tan facil el conseguirla, quando aun siendo dificultoso, en los dichos señores nunca pudiera temerse que se les denegara, ad quod facit singulariter Nicol. Gizarel. *decis.* 22. *n.* 27. y como si pudiera oy obtenerse, despues de auer dicho expressamẽte su Magestad, en la resoluciõ de la cõsulta de 21. de Agosto del año passado de 645. referida por nosotros *in 1. alleg. num.* 9. que la reprobaua, y el concierto que la Condesa

desa auia hecho en fauor de la dicha señora doña Maria de Vera y Gasca su sobrina.

76 Y *num.*100. se añade, que quando no estuuiera confirmado, esto era bueno para no poder obligar al cumplimiento della, mas no para quitar que se declarasse el animo de la Condesa, y el reconocimiento de su poco, o ningun derecho. Nam ex testamento nullo colligitur, etiam voluntas testatoris *l. fin. ff. de rebus eorum*, & cũ Mohedan. & Bursat. & alijs D. Iuã del Castillo *lib. 5. controu. cap.* 108. *à num.* 11. y se prosigue *num.* 101. diziendo, que la señora doña Maria de Vera no insiste en que se confirme, o no, la transacion, pero que no puede dexar de representar al Consejo la buena fee con que siempre se ha portado con la Condesa, pues con ser tan claros sus fundamentos, se allanó a la transaccion, culpandola a ella, y sus Abogados, por dezir que acudio a la Camara a pedir se pusiesse en su cabeça corriente el despacho, y se cancelasse el dado en fauor de la señora doña Maria: quando deuia, por su poco, o ningun derecho, solicitar la confirmacion, y no querer experimentar cotra si otra executoria, como la que experimentò el que litigo en el caso q̃ escriuio Marino Freccia; a lo qual se satisface claramente.

77 Lo primero, en quanto a la *l. fin. de rebus eorum*, y resolucion de don Iuan del Castillo, en el *num.* 22. pone, y funda latamente la opinion, de que del testamento anulado, o reuocado, no se saca, ni puede sacar conjetura para la interpretaciõ, o declaracion de la voluntad del testador. Pero quãdo sea lo contrario lo mas cierto, son muy diferentes terminos los de la voluntad de vno, declarada, o manifestada en su testamento, aunque despues por algun accidente se anule, de los de vn contrato, hecho por voluntad, y consentimiento de ambas partes, con ciertos pactos, y condiciones, que son parte del, en que no se puede sacar conjetura, ni argumento, de que no cumpliendose, quiso obligarse, ni tuuo voluntad dello, como sucedio en esta transaccion, en que se deue aduertir, como ya lo hizimos *in* 1. *alleg. num.* 5. que la Condesa,

ſa,ſabiendo con euidencia,y enterada de que la Encomienda era ſuya,y la pertenecia ſin duda,por la merced y voluntad de ſu Mageſtad, vino en ella,y la hizo, por conſeruar la amiſtad,y trato que tenia con los dichos ſeñores: y quando huuiera querido perderlo, y no litigar ſobre lo que era ſuyo,la diſculpara el Conſulto,*in l. item ſi res*, §. 1 *ff. de alienat. Iudic. mutand. cauſ. fact.* dum ait: *Non tamen eius factum improbat prætor, qui tanti habuit re carere ne propter eam ſæpius litigaret, hæc enim verecunda cogitatio eius, qui lites execratur, non eſt vituperanda, l. illud, §. quid tamen, ff. de tributoria act.* ad quod facit etiam ſingulariter, *cap. conſtitutionem* 2. §. *ſtatutum, de verbor. ſignific. lib.* 6. ibi: *Contra legitimas ſanctiones laudabile votum execrantium lites vetat, &c. Vbi gloſſa*, verb. *Laudabile votum:* Y mas juntandoſe con eſto lo que conſideró, y aconſejò Salomon, *Eccleſiaſtes, cap. 8. in princip.* y el Pontifice *in cap. ſtatutum, §. cum vero, de reſcript. in* 6. ibi: *Vel niſi actor eandem ciuitatem, vel Diœceſim intrare non audens, aut ſui aduerſarij potentiam merito perhorreſcens, eum infra ipſas nequeat conuenire ſecurè*: vbi notant Ioannes Andreas, & Philippus Francus, *Rota deciſ. 3. tit. de reſcript.* in nouis, & in antiquis, *eod. tit. deciſ.* 61. Felin. *in cap. accedens 2. num.* 13. *vt lite non conteſtata*, Cancer. *lib. 2. var. cap. 2. num. 19. in 2. edit.* & alijs comprobãs Tiberius Decian. *reſponſ. 39. n. 119. vol. 2.* vbi bene loquitur: Eſto fue lo que mouio a la Condeſa a hazer la tranſaccion, y no reconocer que no tenia derecho.

78 Y hecha, no ſe hallarà que por ſu parte ſe parecieſſe en la Camara a pedir ſe puſieſſe en ſu cabeça el deſpacho, y ſe cancelaſſe el de la ſeñora doña Maria; ni ſe dieſſe memorial ninguno ſobre ello, ſino que del miſmo hecho de no auerſe pedido la confirmacion, y los deſpachos, con relacion de lo que auia paſſado, reſultó el hazerſe las cõſultas a ſu Mageſtad, en cuya reſpueſta tan repetidamente ha declarado ſu Real animo, de que la Condeſa era a quien auia hecho la dicha merced; como lo aduertimos *in* 1. *alleg. n.* 46. A lo qual la Condeſa no podia en ninguna manera oponerſe, ni ir contra la voluntad de ſu Mageſtad. Y en el caſo de Marino Freccia ya aduertimos

mos *sup.num.* 57. que demas de ser diferente del nuestro, el Presidente Francisco Reuerterio, en quien se comprometio vltimamente la causa, declarò el assenso por valido, que es lo que importa para lo principal deste negocio; con que por este lugar nunca pudiera temer la Condesa el ser vencida, y segun lo dicho, se reconoce que quien mas ha hecho de su parte, y tiene justificada su causa es la Condesa, pues sin embargo de tener entendido siempre ser claro, y indubitable su derecho, como se ha manifestado, y declarado despues por las consultas, decretos, y resoluciones de su Magestad, dadas a ellas, vino en hazer la transaccion, y el que esta no tuuiesse efeto, y se diesse por ninguna por su Magestad, no fue por culpa, ni negociacion suya, como es notorio, y queda aduertido, con que estando reprobada, y dada por ninguna por el dicho decreto expressamente, no se puede hablar della, ni pretender que obre efeto alguno.

79 Desde el *num.* 105. se discurre en el articulo reseruado para difinitiua, diziendose, que por hallarse la Condesa destituida de fundamento en su pretension, despues de contestada la demanda introduxo este articulo, sobre que segun las ordenes, y resoluciones de su Magestad, no puede auer pleito en razon de la primera vida, y que fue descubrir su poco derecho, pues variô el medio.

80 Para lo qual se aduierte, que este articulo se intentô por la Condesa, despues del decreto de diez de Março de mil y seiscientos y quarenta y seis, referido *in* 1. *alleg.* *num.* 13. porque en el se dize que corran los despachos que se le auian dado, y se recojan los dados a la señora doña Maria de Vera (que eran para que se situasse la Encomienda en cabeça de la Condesa en primera vida) mandando que en esta parte no fuessen oidos en justicia, y q̃ solo lo fuessen en quanto a pretender la señora doña Maria suceder en ella, como parece por el decreto: y assi en su conformidad se opuso legitimamente, quando se quiso proseguir el juicio que estaua ya empeçado: y

 no

no fue mudar medio, sino insistiendo en lo mismo que estaua alegado, de no tener derecho ninguno la señora doña Maria, pedir se declarasse, que sobre la primer vida que auia de gozar la Condesa, no podia auer pleito, assi por los mismos pedimientos contrarios, como por esta resolucion de su Magestad, que sobreuino al dicho litigio, que estaua pendiente, y suspendido.

81 Y los fundamentos desta pretension no cecessitamos de repetirlos aqui, por estar tan comprouados assi *in* 1. *alleg. à num.* 18. como en esta *a num.* 5. y por toda ella, pues se ha verificado, que la primera merced de doña Maria del Varco quedò anulada, y deshecha, y no se puede atender para nada, con que cessa lo que tambien en este articulo se dize *num.* 108. de que aunque su Magestad, por la cedula veinte y seis de Setiembre del año de mil y seiscientos y treinta y cinco, transfirio la Encomienda en la Condesa por las mismas dos vidas, que la tenia doña Maria del Varco su Madre; ya no ay primera, por auer espirado con la muerte de la persona en quien se radicó: porque no auiendo subsistido la merced, ni tenido efeto en ella, cessa todo esto, y el pretender entrar en segunda vida, no auiendo auido aun primera, y deuiendo, conforme a las ordenes de su Magestad situarsele a la Condesa. Y assi diximos *in* 1. *alleg. num.* 30. y añadimos aora, que supuesto que doña Maria no tuuo la primer vida, y que la deue tener la Condesa, en quien se trasmutô, por la merced que està mandada cumplir, y executar, y que el dicho decreto solo permite pleito en quanto a la pretension de suceder: esto no puede ser hasta que la Condesa aya gozado la primera vida; porque atendiendo a la propiedad de las palabras que en los decretos Reales probamos alli, q̃ se han de entender in proprio significatu, sucedere est subintrare in locum alterius, *l. si hæreditas*, §. 1. *& ibi gloss. ff. de testam. tut.* Peregrin. *de fideicommiss. art.* 20. *num.* 10. Fontanel. *de pactis nuptia. claus.* 4. *gloss.* 9. *part.* 4. *num.* 90. Giurba, *de succes. feud.* §. 2. *gloss.* 5. *num.* 10. Balzaran. *de feudis, lib.* 2. *tit.* 11. *num.* 25. *in fin.* ibi: *Isto modo sucessio non venit appellatione*

ad-

adquisitionis, quia non dicitur de nouo adquirere, sed adquisitionem defuncti, seu primi adquisitionem intrare, & continuare, &c. Y assi es preciso que si el pleito ha de ser sobre la sucession, se suponga primera vida en la Condesa, pues es cierto, y constante, quehasta aora no la ha auido, y que tampoco la tuuo doña Maria del Varco su madre.

82 Y con lo dicho se responde a lo que se dize, *num.* 115 de que desde que se hizo la primera merced a la susodicha el año de 631. començò a correr la primera vida, segun la opinion del Licenciado Leon, y cedula de el año de 562. que alli se refieren, porque en quanto a lo primero, no pudo ser auiendose nouado, y alterado por la merced del año de 635. Y a la opinion del Licenciado Leon ya se satisfizo, *in* 1. *alleg. num.* 32. *&* 33. donde se traxo tambien al señor Solorçano *de iure Indiarum, lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 100. *& in Politic. Indian. lib.* 3. *cap.* 18. que le reprueba, y se aduirtio que la cedula referida no habla del primer encomendero, en quiẽ es cierto q̃ se requiere titulo, y possession para que pueda empeçar a correr, sino del sucessor, con que no se puede aplicar a este caso.

83 Y la *l. Sempronius Atalus*, que alli se trae *num.* 116. se declarò por nosotros *in* 1. *alleg. num.* 34. y entẽdida verdadera, y literalmente, se ponderò en nuestro fauor su resolucion, sin que nos pueda obstar.

84 De todo lo qual se infiere, que la justicia de la Condesa es clara, y manifiesta, segun la merced, y cedula de 26. de Setiembre de 1635. en que se le transmutò, y passó la Encomienda, para que se le situasse en su cabeça, teniendo principio en ella para gozarla por su vida, y la de vn heredero, conforme a la ley de la sucession, quedando con esto anulada, nouada, y sin valor, ni efeto alguno la primera merced de veinte de Setiembre de 631. como no le tuuo: y assi que no se puede atẽder, ni hazerse fundamento en ella para sacar el derecho que se quiere dar a la señora doña Maria de Vera, siendo todos sus discursos, y comprobaciones con este presupuesto: y como si doña Maria del Varco, auiẽdo entrado en el goze

de

de la primera vida; y aſsi adquirido, y dado derecho al heredero q̃ deſpues della huuieſſe de gozar la ſegunda, huuiera en ſu perjuicio querido paſſar la ſegũda a la Cõdeſa, o otro hijo, que ſon los terminos en que pudieran proceder las dotrinas, y reſoluciones que ſe traen, y põderan en contrario: quando ſe vee que no fue ſino paſſar toda la merced, y que con conſentimiento de quien, ſegun aquel tiempo, y eſtado (que es el que ſe deue atender) tenia, y podia tener eſperança del goze de la ſegunda vida, lo aprobó, y tuuo por bien ſu Mageſtad, haziẽdo la merced a la Condeſa en la forma dicha, como deſcendiente que era de la caſa, y padres del Obiſpo de Siguença, cuyos ſeruicios ſe atendierõ, como la dicha D. Maria ſu madre, y para que pudieſſe mejor tomar eſtado y remediarſe. Deſuerte, que la voluntad, y animo deliberado de ſu Mageſtad, fue hazerla a ella la gracia, como lo tiene declarado, y manifeſtado repetidamente, y con tantas demõſtraciones. Y aſsi eſto es lo que ſe deue cumplir, y executar, pronunciando en ſu fauor, vt ſperamus; Salua, &c.

Lic. D. Diego Bolero y Caxal.